

—導論—

憲政主義與人權理論的移植與深耕
—— 兼從形式平等與實質平等的語辨
闡析比較憲法學方法論的諸課題

李建良*

目 次

弁言：法律移植與憲法文化傳譯	四、文本與價值的演替消長
壹、起始：憲政與人權理念的源流軌跡	肆、合說：憲政與人權法學的方法課題
一、權力與法律的互動制約	一、觀念與概念的契闊離合
二、法律與憲法的質量比重	二、形式與實質的類分辨正
貳、承緒：憲政與人權典律的思想經緯	三、比較與區辨的思維方法
一、自由與平等的正反辯證	伍、見微知類：形式與實質平等的語辨
二、防禦與保護的三角習題	一、爭議緣起與問題焦點設定
參、轉稼：憲政與人權實踐的機制選擇	二、實務見解與商榷觀點整理
一、程序與實體的交互滲透	三、形式與實質問題層次解構
二、原則與權利的漸層遞變	四、形式與實質問題所由根源
三、規範與解釋的合縱連橫	五、比較憲法學方法論諸課題
	元元本本：人權理論與法學思維

* 中央研究院法律學研究所研究員。
穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/13301171.pdf>。



己欲平靜，以聽其辭，察其事，論萬物，別雌雄
 雖非其事，見微知類
 《鬼谷子 反應》
 （西元前四世紀？）

Comparativa igitur est omnis inquisitio medio proportionis utens

De docta ignorantia (1440)

Nicolai de Cusa (1401-1464)

弁言：法律移植與憲法文化傳譯

憲政主義¹與人權保障是現代國家文明的重要表徵之一。二次世界戰後，臺灣歷經了威權統治，逐步走向民主憲政。隨著戒嚴解除、民主轉型與政黨輪替，憲政主義與人權理念在臺灣的實踐，有了些許改善與進步。近年來，西方憲政主義的移植與人權保障的在地化持續進行，不止於國境之南，更延伸到疆界之外，進入區域及全球的發展脈絡中，與國際憲政規範及新興人權思潮接軌，形成匯流之勢。綜觀檢視臺灣憲政法治與人權實踐的現況，繼受自歐美國

¹ 憲政主義是constitutionalism、Konstitutionalismus或constitutionnalisme的中文譯詞，常見於華語世界，日人譯為「立憲主義」。此一源自西方國家的描述性概念，由constitution與ism（希臘文-ισμός）組合而成，何人創用或最先使用，暫無可考。細究辭彙來源，前者（拉丁字根constitutio）約相當於18世紀後期世人理解的「憲法」概念，思想理念的興起與演進，早於概念語詞本身（後詳）。Ism是一種「後綴詞」（suffix），原意有思想或信仰體系、思潮、學說、意識形態、原理原則等多種意涵，中譯名「主義」一詞見諸中國古籍，如「主義行德曰元」（逸周書·謚法解）、「敢犯顏色，以達主義」（史記·太史公自序）等，含意不一，與ism的義蘊頗有出入，實為日人借用中文的新名詞，再輸入中國。至於近代中國思想界形成某種「主義崇拜」，政治黨派假借一套主義指導或干預思想學術，則是另一碼事。相關討論，參見王汎森，「思想資源」與「概念工具」——戊戌前後的幾種日本因素，收於：中國近代思想與學術的系譜，頁181以下（2003年）；王汎森，「主義崇拜」與近代中國學術社會的命運，收於：中國近代思想與學術的系譜，頁463以下（2003年）。

家的憲政制度與人權理念，部分逐漸成形、內化、生根，部分仍在與既有的法政環境與社會條件磨合調整，部分則徒托其表，根淺未短，有待固本。比較憲法與法律移植²過程匯聚的問題冰山，露角豈止一端。

一甲子已過，新世紀續進。臺灣憲政法治與人權保障的發展，稱不上政治奇蹟，也離法治奇蹟有段距離。儘管不斷遭逢來自國際與本土的內外挑戰，面臨各種理論延展與實踐的瓶頸與困境，臺灣自有的憲政模式與人權典範隱約遞建之中，亟待整合研究、深入探討。憲政主義與人權理論的移植與深耕，為當前法治反思的主題之一，實然所需，理亦應然。

憲政主義³的發端，除了有特定的歷史因素與社會條件外，還須一定的思想或哲理資源為基盤，特別是政治思想（哲學）與法學思維，由此推拓出特定的學科理論與知識體系，包括民主理論、國家學說與公法理則諸學，方得與人權保障理念形成有系統的知識力量，民主法治庶乎有踐履之可能。憲政主義與人權保障理念的實

2 比較法與法律移植的關聯，參見ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 1-10, 21-31 (1974)。近期文獻，例如Randall Peerenboom, *Toward a Methodology for Successful Legal Transplants*, 1(1) CHINESE J. COMP. L. 4, 4-20 (2013); Jerneja Penca, *Transnational Legal Transplants and Legitimacy: The Example of 'Clean' and 'Green' Development Mechanisms*, 36 LEGAL STUD. 706, 706-24 (2016)。後者是針對維護生物多樣性之「綠色發展機制」(the Green Development Mechanism, GDM)的法制移植問題。

3 Ism一詞，代表某種思想體系或思潮學說的描述概念，可填充的意涵因時因地因人而有不同。以WILLIAM EBENSTEIN & EDWIN FOGELMAN, *TODAY'S ISM* (1980) 為例，這本談論當代各種主義的專書，僅僅分析共產、法西斯、資本、社會四種塑造世界命運的主義。從學科的角度來說，「憲政主義」主要出現在法學、歷史學及政治學的領域，因時因地而有差異，於歐洲的詮釋與理解多樣紛雜。其中之一取徑兩端：一則觀察專制君主與貴族議會或市民議會之間關係的憲法地位歷史變遷過程；另則探索現代歐洲政治文化的民主憲政特徵與憲法國家的演進軌跡。參見Detlef Lehnert, *Europäischer Konstitutionalismus. Geschichte, Theorie, Perspektiven*, in: Lehnert (Hrsg.), *Konstitutionalismus in Europa: Entwicklung und Interpretation*, 2014, S. 9 ff.

踐，復有賴保障制度的建立與運作，尤以司法違憲制度為要。一國的法制與實務，往往反映出該國社會的法治水準，或至少是該國法律社群的縮影。各國憲法體制、人權理念與法政制度在各自特有的本土條件下形成與發展，衍生出駁雜多面的諸憲法文化。因國與國之間互動關係頻繁，連帶也使一國的憲政與人權問題無法自外於國際規範與全球互動，人權問題有其在地性，也有普世性的價值與發展趨勢。國際法與國內法接軌與運用、憲政主義與憲法人權理論的典範建構、憲法保障與法政制度的交互關聯、憲政與人權思想根源的探索與歷史考察的反省等多面向研究，構成憲政主義與人權理論的思維縱深，進而含納憲法解釋、憲法保護、基本權利、違憲審查、國家刑罰權、國際人權與全球化現象對憲政主義之衝擊等議題。

何謂憲政主義？用問題回答問題，指的是古典憲政主義⁴、前期（後期）的憲政主義⁵、草根的憲政主義⁶、社會的憲政主義⁷、全球的憲政主義⁸、進階（進步）的憲政主義⁹、民粹的憲政主義¹⁰，

4 參見MARK A. GRABER, A NEW INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONALISM 16-20 (2013).

5 例如Walter Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 10 ff.

6 例如 NORMAN PROVIZER & WILLIAM D. PEDERSON EDS., GRASSROOTS CONSTITUTIONALISM: SHREVEPORT, THE SOUTH AND THE SUPREME LAW OF THE LAND (1988).

7 例如 Gavin W. Anderson, *Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below*, 20 INDIANA J. GLOBAL LEGAL STUD. 881, 881-906 (2013).

8 例如 Ingolf Pernice, *Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously*, in LAW BEYOND THE STATE: PASTS AND FUTURES 151, 151-205 (Rainer Hofmann & Stefan Kadelbach eds., 2016).

9 例如 ROBIN WEST, PROGRESSIVE CONSTITUTIONALISM: RECONSTRUCTING THE FOURTEENTH AMENDMENT (1994); Mark Tushnet, *Progressive Constitutionalism: What Is "It"?*, 72 OHIO ST. L.J. 1073, 1073-82 (2011).

10 例如 David E. Pozen, *Judicial Election as Popular Constitutionalism*, 110 COLUM. L. REV. 2047, 2047-2134 (2010).

還是新的憲政主義¹¹……？憲政主義的旨趣是否止於「立憲」，抑或尚及其他？憲政主義與法治原則是否等義？「立憲」的重心是形式（程序），抑或實質（實體）？制定憲法（制憲）是否即滿足憲政主義的要求，或者仍須內含特定的實體質素？反面延伸提問：修改憲法（修憲）有無界限？形式或實體界限¹²？以上問題放在人權理論的意涵與發展上，同樣可以帶出憲法規範（法）與人權保障（權）互聯網絡的一長串問題。遠而觀之，殆可窺見其中蘊含人性論的弔詭、主權論的變遷、國家論的定勢、制度論的選擇等多道思考線索。

壹、起始：憲政與人權理念的源流軌跡

近代憲政思想與民主國家體制濫觴於歐洲，傳至北美洲大陸而佈及全球。歷經美洲獨立戰爭、法國大革命、美國南北戰爭、納粹贖武窮兵、二次大戰世紀大事……，歷史演變的微妙轉折，人為與命定的因素，時時左右人類朝不保夕的自由與生存命運。

憲政主義源於西方國家，泛指以特定之基本大法作為政府權力來源及其限制之理念、原則、行為模式與法政制度¹³。歐洲的憲政主義，意味的還是某種法政思想或法律意識的轉換過程。1776年，北美洲大陸爆發獨立戰爭；1787年美國制定人類第一部以「憲法」為名之國家成文法律¹⁴，1788年付諸施行；1791年增補施行權利法

11 例如RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM* (2004).

12 司法院釋字第499號解釋採實體界限說。

13 參見DON E. FEHRENBACHER, *CONSTITUTIONS AND CONSTITUTIONALISM IN THE SLAVEHOLDING SOUTH I* (1989).

14 在此之前，已出現以Constitution為名之法律。例如1776年的維吉尼亞州憲法（The Virginia Constitution of 1776）。

案；1803年，美國聯邦最高法院透過判決¹⁵，創立法律違憲審查制度，坐實憲法優位於法律的定律，締造前所未有的憲法文化成就。以美洲新大陸作為憲政主義部分理念的實驗場域，美國踏上一條或多或少擺脫歐洲包袱的憲政之旅。不同於此，19世紀的歐洲，憲政主義則是在既有的舊體制之下摸索、突圍、逐步探進。「三位一體」¹⁶的神權觀念逐漸被「三權分立」的世俗制度理念所取代，1789年法國大革命撼動了神旨秩序的權力結構，向歐陸世界散佈民主憲政的種籽，奠下人權實踐的制度根基。其間，世襲王權與人民主權兩股力量相互折衝、彼此抗拮，輪流驅使著憲政歷史的腳步；分立於社會之外的上層結構之國家論¹⁷與人民自主組構的自治共同體之國家論兩種思維來回擺盪、時弛時張，儼然是一場張力十足、充滿戲劇性的憲法史詩。人們或許知道歷史事件發生的外在起因，卻未必理解演變過程的內在理由。憲政主義的不同格局與演化軌跡，尤須在美洲大陸以外的歐洲視野框架下進行觀照與思索。

一、權力與法律的互動制約

憲政主義與憲法制度在歐洲的演化，尤其歐陸國家，基本上是在一種權力與法律的互動制約中推進。法律是憲政主義的核心概念與制度工具，先被懸為君（臣）民共守的形式誠命（不問是否經由民主程序、內容是否正當），再奠基以天賦人權的實質誠命，打破被支配的思想慣性，作為人民脫離被治者狀態、躍身為治者地

15 See *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

16 Trinitas、Trinity或Trinität，又譯為三一真神、天主聖三、三一神、聖三一、三一神論，主張：聖父、聖子、聖靈三個不同的位格為同一本體、同一本質、同一屬性，同為一位上帝。參見Anne Hunt, *The development of Trinitarian Theology in the Patristic and Medieval Periods*, in TRINITY: NEXUS OF THE MYSTERIES OF CHRISTIAN FAITH 1, 5-34 (2005).

17 參見Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), in: Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 209 ff.

位、開啟人人自由¹⁸平等¹⁹新局的理性機制。

憲政主義初則帶有強烈的形式特質（憲政主義的形式訴求）。其始也，「法律之前、人人平等」²⁰訴求高舉，法律實質內容是否正當先且不問，但求受到法律形式上公平的待遇。個人乾坤獨斷與人人普遍平等的相悖性，觸發對君權專制的拒卻力量。法律之前人人平等的相應問題是法律的「來源」為何。若來自「君權」，如何「人人」平等（法源的平等性）²¹？反向思考「何以」人人皆平等？衍生出實質的正當理由與證成理據，由此鋪墊人與生俱來的天賦人權理念，進一步引動人權天賦的政治主張²²，更而追求人類社群之內實質地位的提升與生活處境平等的改善（憲政主義的實質訴求）。

18 自由，在英文的語彙中有liberty與freedom兩種表達方式，前者可追及羅馬神話的拉丁字源*libertas*（自由神），後衍生為liberty或liberté、libertà等詞；後者的字根free，原意是屬於自己之物或自己可以支配之物。值得注意的是，英語國家以外的語言未必有此二分現象。例如德文只有Freiheit（等於freedom），無相當於liberty的用語；法文僅見liberté（等於liberty），而無freedom一詞的對應用語。中文，自由一詞是由日語借詞之漢字。嚴復將John Stuart Mill的ON LIBERTY一書譯為群己權界論，內文則使用自繇一詞。

19 平等一詞早現於中國古籍，如《史記正義》：「曰溉音既。言帝營治民，若水之溉灌，平等而執中正，徧於天下也。」註解《史記》卷一五帝本紀第一「帝營溉執中而徧天下，日月所照，風雨所至，莫不從服。」除此之外，平等一詞於中國古籍中似不多見，毋寧是近代憲政思潮下的產物，是否等同於Equality、Gleichheit、Égalité寓含有人生而平等的人權理念，則屬有待探討與實踐的憲法課題。

20 對應外文：Equality before the law、all men are equal before the law、Gleichheit vor dem Gesetz、ius respicit aequitatem, the law is no respecter of persons。參見Walter Carrington, *Equality before the Law*, 8(7) VA. L. REGISTER, NEW SERIES 481, 481-85 (1922); Reinhold Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 1994, S. 278.

21 「法家不別親疏，不殊貴賤，一斷於法」（史記太史公自序），固然庶民平等，但法由君定，刑不上大夫，仍非平等。

22 18世紀的代表作是1776年的美國獨立宣言第1條：「人人生而（by nature）同等自由且獨立，並享有一定之天賦權利（inherent rights）……；享受生命及自由，具備獲取並持有財產、追求並擁有幸福及安全之能力。」及1789年法國人權宣言第1條：「人人於權利生而平等自由，且始終如此（Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits。）……」。

人生而平等（應然）的反面思維是：何以「人人不平等」（實然）？人生而自由（應然），何以有人不自由（實然）？正面追問：何以致之？孰令致之？憲政主義的矛頭首先指向造成人人不平等、有人不自由的最直接、最現實原因——國家權力，一種有系統、持續性製造不平等不自由的「法秩序」。本於人生而自由平等的政治主張，人權的功能在於抵禦國家權力入侵私人領域，使人民免於受到國家權力的侵害²³；運用的制度工具是：客觀的法，藉以擺脫主觀的君權神授。天賦人權理念形之法律文字／公諸於世、共約咸遵，於是乎憲政主義轉進為立憲運動，民主憲政制度的始意是設法藉由客觀的法規範約束主觀恣意的國家權力，於是乎在君權專制時期，法律是作為控制權力（君主個人獨斷）的抗衡手段²⁴，從宣言而為法律，進而將法律從神授色彩予以除魅化²⁵。在君權神授時期，社會秩序建立在所謂自然秩序或寰宇世界，國家與人民的關係（上命下從）的建構，主要依靠宗教力量，道德次之，法律居末。階級、身分、差異，是天賦神權時代的特徵。相對於此，天賦人權、自然權利、尊嚴、平等，是抗拒、衝撞天賦神權體制的觀念與符碼。自由主義之下的憲政主義，以追求共同的福祉、表彰共同的利益、捍衛共同權利為理念訴求，在實踐上，相比於國家與社會兩元對立的政治結構，利益結合之統一政治體自是較為合適的政治制度，且契乎人類的群居動物天性。

人民在國家的地位秩序或人民與人民之間的社會階級，如果建

23 18世紀後期以降，各種以「免於……」（free from, frei von）為首的人權清單，彰顯其防禦性格。尤其是*Freiheit von Staat*一詞表意的不是國家的自由，而是免於國家強制或侵犯的自由。至於美國羅斯福總統於1941年1月6日的國會諮文（State of the Union address）提出之四大自由中，「免於匱乏的自由」（freedom from want）與「免於恐懼的自由」（freedom from fear），非僅止於防禦性質，而兼含社會給付訴求，則為20世紀以降的人權發展。

24 1215年大憲章的起因與影響，可供思考。

25 參見*Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), in: Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 92 ff.

立在宗教（神旨）或道德（倫常）的關係之上，禁忌森嚴，人人平等的觀念自然與之扞格不入，難以憑藉言說質疑其合理性，遑論建立客觀理性的法秩序。大革命或市民起義靠著帶有訴求的暴力（象徵性暴力！？），或撼動或衝撞或瓦解舊秩序或舊體制。在人人平等與同享尊嚴的訴求下，不再有支配他人的所謂「神授的自然權利」。暫不問實際處境如何，人人皆應平等、各各享有尊嚴的政治主張，眾口一致。實踐之道，各有分說，或主張全盤揚棄國家與政府制度（有國家權力，必有支配，必然不平等），走向無政府狀態；或倡議全盤改造國家與政府體制，建構「新的」國家權力，重新賦予不同以往的權力內涵與生命（不會支配、造成不平等的權力），重建人民與國家的關係。近代憲政主義的萌生與開展，循後之途，在「權力」或「主權」之上冠上「人民」，乃有國民主權或人民最高權力²⁶觀念²⁷的提出（人民＝權力），嘗試解決「權力支配人民」的歷史問題。落實觀念的實踐制度，則是把國家比擬作一種可以被人民駕馭的機器，乃有形式性與程序性的理念與法則的提出：民主→多數決→選舉。「無人可以當然支配他人」的思維邏輯推衍出權力必須分立制衡的原則，與帶有哲學興味的人性本惡論：「絕對的權力絕對的腐化」，同步並進²⁸。

主權論的典範轉移，憲政主義與人權理論相伴並進，「人民主權」建立在人人平等的思維上，於此相對立的是19世紀中葉興起的「國家主義」思維下的政治制度與社會秩序。後者日漸式微，憲法

26 相對應的用語有：Volkssouveränität、popular sovereignty、the sovereignty of the people's rule等。Souveränität、souveraineté或sovereignty，中文習慣譯為「主權」，究其字源*superanus*，意指最高權威姓。法儒Jean Bodin (1529/1530–1596) 在「國家六論」(Les Six Livres de la République) 一書中將souveraineté定義為一國最高的決定權力。參見Dieter Grimm, *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009, S. 20-26.

27 人民主權觀念用語及理論詮釋淵源甚早，具體實踐則是近代憲政主義的產物，且各國不盡相同，各有歷史演進脈絡。

28 參見「參、一」。

始成為具有強制拘束性之規範力，人民對抗國家權力，方有所憑。不過，權力與法律之間的制約關係，構成憲政與人權理念的發端與實踐，追根究實，乃恣意²⁹與法律之間的制約關係³⁰。儘管「權力」或「主權」的內涵隨著時代浪潮的推移而變遷更替、世殊事異，主觀恣意與客觀法治之間的角力遊戲與理論命題依舊持續。憲政運動的開放性問題是：推翻恣意之後，是否製造新的恣意？還是樹立新的法原則、建立新的法秩序？法治無可逃避的悖論與課題是：治人以法，法由人制，如何法治？

二、法律與憲法的質量比重

憲政主義以法律作為權力的制約因素，並非表示在此之前無法律之存在。「有社會，即有法」³¹，以法律拘束權力、打造有限政府³²，肇因於舊法秩序喪失正當性，引致人民起義革命。也因此，革命過後，如果沒有建立客觀理性的法律及其實踐機制與程序，則所謂憲政主義只是浪漫而不實的政治神話與法治迷思，憲法容易淪為名目性規範或昭示性的政治口惠³³。憑藉具有規範效力的法律，

29 相對應的德文Willkür，主要有二義，一是權力濫用，另則是人（未必受控制）的自由意志（任意）。康德於1797年出版的Die Metaphysik der Sitten一書的第一部Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre的「法學緒論」（Einleitung der Rechtslehre）論及「法概念」，氏謂：法概念意味的不是任意（Willkür）與他人願望（Wunsch）的關係，而僅僅是任意（Willkür）與他人任意（Willkür）之間的關係。其三，在此種任意的交互影響關係中，亦不問任意的內容、目的或動機，只探求雙方任意關係中的形式。什麼是法，就是能使一人的任意與他人的任意，依照一般之自由法則（nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit），相互共存之各種條件的總和。法的一般原則，即：如此行為，使汝之任意的自由運用與任何人之自由，依照一般之自由法則，得以兼容並存。參見Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797, S. 229 f.

30 參見Horst Dreier, Recht und Willkür, in: Starck (Hrsg.), Recht und Willkür, 2012, S. 1 ff.

31 拉丁法諺：ubi societas ibi ius.

32 參見WILLIAM G. ANDREWS, CONSTITUTIONS AND CONSTITUTIONALISM 13-14 (1968).

33 依照Karl Loewenstein的分類：die nominalistische Verfassung（名目憲法）與die sematische Verfassung（語意憲法），前者指憲法規範的實踐缺乏充分的社會現實條件（例如政治教育及公民素養不足、欠缺足夠的中產階級），形同空轉；

通過法院的適用，方得以一定程度地控制國家權力，確保革命成果及人民由此取得的權利地位，捍衛近代市民運動的政治碩果，終結因循故舊的威權支配。

異於以判決先例累積而成的普通法³⁴，近代歐洲的法律主要來自國家的立法機關³⁵，以條文字句制定成法³⁶。以法律作為治理國家的工具（法治國家）³⁷。不同於以道德內涵為基礎的自然律令，憑藉法律實踐憲政主義的理念，係透過法律語言文字（著之以文）³⁸，確立國家與人民之間的行止關係，國家可為與不可為之界限，反之亦然，界定人民行所當行、止所該止的範疇，也就是在人民與國家之間建構出各自當行該止的範疇。法律的目的是提供人民免於國家權力侵犯的保護網，設定國家權力行使的界限，交換個人自由與不受限制的空間。法律的理念與靈魂繫乎於法律的一般性³⁹，防止國家權力與政府決定的恣意性，並賦予人民排除不法的權利與法律途徑。

後者指憲法為掌權者遂行其個人意志的工具，徒有其表。參見*Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1975, S. 152 ff.*

- 34 根基在普通法（common law）的rule of law（法治原則），其內涵的理解須溯源普通法傳統，同時觀照是17世紀英國專制王權與議會（貴族）相互鬥爭、抗衡的歷史脈絡。
- 35 此所以Hans Kelsen將法與國家視為同一，謂：法為國家所創造，國家本身在概念上亦是一種法規範體系。參見*Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 16 f.*
- 36 德語的法律Gesetz，從語源來看，Gesetztes, etwas Festgelegtes，指某種被制定或確立之事，與Recht對稱，英文語彙以law涵蓋二者，則無此區分。參見Christian Starck, *Errungenschaften der Rechtskultur*，收於：李建良編，*法文化成就*，頁11（2017年）。
- 37 Recht（法）與Staat（國家）合為Rechtsstaat一詞（中譯為法治國家），構成德國18世紀後葉以降的專有概念與特殊憲政發展軌跡，參見*Ernst-Wolfgang Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969)*，in: Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 143 (144)*: „»Rechtsstaat« ist eine dem deutschen Sprachraum eigene Wortverbindung und Begriffsprägung, die in anderen Sprachen so keine Entsprechung findet.“
- 38 參見*Okko Behrends, Gesetz und Sprache*，in: Behrends/Sellers (Hrsg.), *Nomos und Gesetz, 1995, S. 137-249.*
- 39 參見*Gregor Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 67 ff.*

以法律保護人民權利構成19世紀西方憲政主義的基調（法律之前人人平等），法律的形式與質素則有不同，悉以國會法律保護者有之⁴⁰；以宣言形式展現者有之⁴¹；著之為憲法清單條列者亦有之⁴²。法律形式的差異代表著不同的法治思想根源與歷史發展脈絡。儘管人權作為一種理念，在立憲運動與人權清單出現之前即已見諸政治哲學領域⁴³，憲法優位的觀念亦不乏於世⁴⁴，憲政主義卻與民主政治處於某種弔詭關係。憲政主義的底蘊是民主政治，但非以催生一部名為「憲法」⁴⁵的民定法律，昭示天下，即為已足。相反的，創制有別於其他法律之國家基本大法，憲法與法律的規範及其相互間的效力位階問題，即相應而生。從主權（最高權威性）的角度來看，至少存在國會主權（法律最高權威性）與憲法主權（基本權最高權威性）兩種對立的觀念與實踐模式。英國儘管經由判決先例累積而成的普通法中蘊含有王權應受法律及普通法原則拘束的原則，包括法律之前人人平等、人民權利應受普通法暨法院裁判保護、課稅須經議會同意、禁止恣意刑罰、限制人身自由需有法院令狀等憲政思想與法原則等，然因欠缺成文憲法，議會優位與法律至上原則始終居於上風，從而亦影響法律違憲審查制度的開展。

與英國法系同源的美國，除了在1787年制定成文憲法，確立三權分立的國家基本骨架外，1791年的憲法增修條文將普通法之法治原則載入憲法，著為法律文字，尤其第1條明定國會不得立法引進

40 例如英國法律至上原則。

41 例如法國人權宣言。

42 例如美國憲法增修條文、19世紀德國各邦國憲法。德國1871年帝國憲法則未有基本權的規定。

43 參見Christian Starck, Die philosophischen Grundlagen der Menschenrechte, in: Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 553 ff.

44 參見Sir Edward Coke, *Dr. Bonham's Case* (1610), NATURAL LAW, NATURAL RIGHTS AND AMERICAN CONSTITUTIONALISM, <http://www.nlrac.org/earlymodern/common-law/primary-source-documents/Dr.-Bonham's-case> (last visited Apr. 12, 2017).

45 在用語上也別於法律，如Constitution、Verfassung、Konstitution、Costituzione等。

國教，或禁止宗教信仰自由、限制言論與出版自由、和平集會及向政府請願的權利。1803年，美國最高法院以判決創設法律違憲審查制度，雖與人權保障無關，且終19世紀百年間亦乏可資稱道的人權保障成績，但憲法主權與基本權優位原則大體成形，乃有20世紀以後人權保障典範的生成。

至於19世紀的歐陸世界（尤其德意志邦國），市民革命的期待與憲法理念的實踐，充滿了逆而不餒的高尚氛圍與躊躇不定的應許想望。法律對權力構築的封鎖線，並未形成國家與人民之間的對等關係。權利與義務二者之間不僅無必然的對應性，專制君主且仍保有相當程度的特別權力宰制領域⁴⁶，國家所負之公法上義務更不當然對應出人民的公法上權利⁴⁷。彼時歐陸憲法只具有綱領性質或政治性格，不是嚴格意義的法規範。基本人權雖以憲法清單或宣言的形式展現，但有民意基礎的法律方具有防禦國家權力（主要是行政權）的功能，干預保留之法律保留原則應運而生，19世紀下半葉乃有所謂「基本權法律」⁴⁸的出現，既保護人民的自由及財產權，同時又界定或限制其內涵，重心在依法行政原則的建構與實踐，干預行政需有法律之授權基礎，為法治國原則的主要核心。至於法律的內涵為何，是否契合憲法規定或正義要求，初非所問，終而肇生法律實證主義的迷思，馴至20世紀初期威瑪共和憲法誕生未幾，即遭納粹政權破毀，導致人權法治災難⁴⁹。二次戰後，世人記取教訓，

46 所謂「特別權力關係」理論。關於特別權力關係與公務員法制於我國之發展，參見主題演說，廖義男，憲法解釋與行政法制之發展，本書頁120-125。

47 參見 *Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, Vorwort und S. 43 ff.

48 所謂「基本權法律」(Grundrechtsgesetze)，指德國帝國議會就具有基本權關聯的法領域，例如法院組織法、訴訟法、刑法、營業管理法、出版法等。制定共有18部基本權法律。參見 *Ernst-Rudolf Huber, Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem*, in: *Huber, Bewahrung und Wandlung*, 1975, S. 138 f.

49 關於法律實證主義於德國的反思，參見 *Bernd Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat: Verfassung und Methoden*, 2014, S. 58 ff.

於國際法及國內憲法層次雙雙將人性尊嚴懸為普世價值⁵⁰，所有國家權力應予尊重及保護，並受憲法秩序拘束⁵¹。從基本權法律→憲法基本權→尊嚴價值秩序，憲法基本權不再是不具規範效力之政治綱領，且非僅是人民的主觀權利，同時是一套以人性尊嚴為核心的客觀價值規範體系，猶如哥白尼革命的思想典範變遷⁵²，權利與傳統價值哲學的結合，基本權與尊嚴保護的憲法實證化，除了超越19世紀的國家主義⁵³，格局更大過傳統自由主義、主觀權利論與價值相對主義⁵⁴。所餘之法治實踐課題，一是如何梳理其中錯綜複雜的思想經緯；二是如何建置確保憲法規範效力的實踐機制；三則是思想耙梳與機制建構所需之法學方法與思維體系，又該如何建立？

貳、承緒：憲政與人權典律的思想經緯

憲政與人權典律⁵⁵的生成、樹立、衝突、推移、建構、重組、

50 例如聯合國大會於1948年12月10日通過「世界人權宣言」，前言揭示：「茲鑑於人類一家，對於人人固有尊嚴及其平等不移權利之承認……。」第1條規定：「人人生而自由，在尊嚴及權利上一律平等。……」1949年5月23日，德國制定基本法，第1條第1項規定：「人性尊嚴不容侵犯。尊重及保護人性尊嚴，為所有國家權力之義務。」

51 例如德國基本法第20條第3項明定：「立法權受合憲秩序（die verfassungsmäßige Ordnung）之拘束。行政權及司法權受法律及法之拘束。」

52 關於哥白尼革命或哥白尼轉變（Copernican Revolution, kopernikanische Wende）於自然哲學上的概念演變，參見Hans Blumenberg, Die kopernikanische Wende, 1965, S. 7 ff.

53 關於國家主義（Étatisme, Statism, Etatismus）的變遷，參見JONAH D. LEVY, THE STATE AFTER STATISM: NEW STATE ACTIVITIES IN THE AGE OF LIBERALIZATION 469 (2003).

54 參見Rolf Grawert, Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte. Eine judikative Entwicklungsgeschichte, Der Staat 49 (2011), S. 507 ff.

55 典律一詞係於文學領域對Canon一詞的譯名，指稱特定經典文本、標竿作品或書寫定規之典範或創作與閱讀標準，包括大師的認定、鉅作的傳誦等（參見王德威編，典律的生成（第一集），頁5（1998年））。Canon或Kanon，源於希臘文 κανών，原為尺規、繩墨之意，後引伸為定律、基準、秩序、規則、範式或典

再現、變遷、傳遞、續存……，其間過程曲奇轉折，思想經緯錯雜萬端，有待梳理。

一、自由與平等的正反辯證

權力猶如野生動物，既是狩獵者亦是受獵物。權力馴之以法律的制約關係⁵⁶，與憲政與人權不可須臾或離的思想課題是：相等與差異之辯證，普遍與特殊之悖論、比較與辨異之方法，貫串憲政主義源流的思想線索與人權理論演進的歷史經緯。歸於一端，乃自由與平等的差異比較與正反辯證，法學思維軸線有四：

(一) 自由平等的思想理念

語言文字是思想的載體，思想發端於先，語言文字載之於後。自由與平等分別載負人之為人的思想與願景。人，生而自由，何謂自由？自由何在⁵⁷？作為政治思想與憲政理念，自由至少有兩種層次：1. 意志之自決（意志自由）；2. 自主決定為何種行為（行為自由）；兩種面向：1. 消極自由（不受某物干擾之自由），不受政府、社會或他人強制之自由，主要是基本權的防禦功能，為所有自由的基本功用。2. 積極的自由（獲取某物之自由），指涉某種自我決定的可能性，特別是在自由社會中的自決。透過個人的政治參與的程序，集體決定自己的事務。民主社會自主（自由）決定，說來容

儀等，見諸社會部門或學術領域，如神學、數學、哲學、醫學、文學等，法學亦然，歐洲上古時期之宗教規稱之為Kanones，至中世紀發展成為體系井然的教會法（das kanonische Recht），對歐洲法律發展影響深遠（參見Christoph Link, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 2010, § 6 Rn. 13 ff.）。本文借之，作為憲法、法律、其他成文或不成文法、憲法學說及實務見解之總稱，並與偏重於思維方式與思想模式的典範（paradigm, Paradigma）相區隔。

⁵⁶ 參見「壹、一」。

⁵⁷ Abbott Lawrence Lowell (1856-1943) 對文化定義的註腳：「就像要把空氣抓在手裡，當我們去尋找文化時，除了不在我們手裡之外，無所不在（...is like trying to seize the air in the hand, when one finds that it is everywhere except within one's grasp）」（見 ABBOTT LAWRENCE LOWELL, *AT WAR WITH ACADEMIC TRADITIONS IN AMERICA* 115 (1934)）。亦可用以形容自由。

易，實則套套邏輯。問題出在，積極的自由無法「自由產生」，需要「自由以外」的自身條件，乃至於外在的客觀條件，國家如何為之，始能造就積極自由。承接上述的理解，自由的實踐，即有兩種觀察的角度，一種是側重於來自外在的干預或強制，也就是人類是否或能夠容忍、還是拒斥外來的強制；另一種則是發自內在，由裡而外，是否真正的自決、自治，乃至於集體的決定是否能夠反求諸己，形成真正的集體決定。前者繫乎各種不同的客觀條件與社會情狀，包括（可支配或不可支配）自然條件與外在情境（不可抗力）；後者原則上可以脫離各種客觀條件，隨心所欲，不受限於外在條件，自主地尋求自由的出路與門徑⁵⁸。

平等，一種分別、比較下的公平觀念，涉及人與人之間在倫理、政治、社會、經濟……等方面的相對關係與等次地位；在哲學與政治思想的脈絡下，意指不同之事、物、人在特定標準下的一致性⁵⁹，正義原則的基本要素。正義觀及其理解方式，淵源流長，說法不一，理論紛繁⁶⁰，基本思維可追溯至亞里斯多德的分配正義與交換正義之二分⁶¹。前者強調在自然條件不同的前提下，應為公平的對待；後者則著重給付與對待給付之間的相當性關係，某種算數上的等價關係或同時履行抗辯。例如買賣之物與價金的關係，或損害與賠償之關係⁶²。交換正義一定程度構築在水平式的思維取向；

58 純粹的自由就是自由本身，自由自我完成，自由本身不會招來幸福，而是人不得不去護衛的必要之物、經常性課業，一如 Bertolt Brecht (1898-1956) 寫於 1953 年的長詩〈人民的麵包〉(Das Brot des Volkes):「正義是人民的麵包……正義的麵包必須由人民自己烘焙，充足、健康、天天都有！」

59 參見 D. Schlüter, Gleichheit, in: Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 3, 2007, S. 672.

60 參見黃昭元，從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法適用上的難題，本書頁 271 以下。

61 即 *iustitia distributiva* 與 *iustitia commutativa*。參見 *Aristoteles, Nikomachische Ethik, übersetzt von Olof Gigon, neu hrsg. von Rainer Nickel, 2011, 1130 b ff., 1131a.*

62 參見 Arthur Kaufmann, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., 1994, S. 42 ff.

相對而言，分配正義實踐的課題則側重在垂直式的合理均分關係⁶³，需有分配者或分配機制。「法律之前、人人平等」原則的思維支點是分配正義。法律（立法者）是近代國家最重要且最核心的分配機制暨分配者。分配正義指出政治共同體的共治原則，如何分配因事因時因地因人而有不同，無法從分配正義原則本身得出。

（二）自由平等的規範旨趣

自由與平等不僅止於思想哲理，在近代憲政主義與人權理論之下，更是一種權利概念：自由的法律上要求（自由權）與平等的法律上要求（平等權），後者兼具憲法原則（平等原則）的性質，各該意涵須在法秩序與規範脈絡之下理解。

自由權的第一要義是：防禦、要求不得侵犯、賦予排除侵犯的權利；自由權的周邊條件是：確保物質、制度、生存底線與立足點的平等。以表現自由為例，人為群居動物，除求溫飽外，以各種形式表達感受、想法、意念、知識、美的慾望與需求，尤其通過語言文字，為人之為人的特色與基本自由。任何人不得禁止或限制人之表現自由，是自由權的防禦功能（自由之防禦權）。然人之溝通、創作或抒情以衣食足為前提，無生存，無自由；人之表現，除少數天縱英才外，芸芸眾生無不站在他人的肩膀上，資訊與知識的自由取得與流通，為表現自由的充分條件（自由之保護請求權）。再以財產權為例，人憑己力創造財貨（農稼、狩獵、漁獲、器具、藝術創作……），或自給自足或互換有無，任何人不得干涉或強奪，乃所有權絕對、私法自治、契約自由等法原則應運而生之所由。然財產之為物，非如人之思想可以自外人世、自由馳騁，財產價值之群己權界，需有一定之法度，方得以定分止爭⁶⁴，一方面遂有確立權

⁶³ 即*suum cuique tribuere*原則。

⁶⁴ 管子：「夫法者，所以興功懼暴也。律者，所以定分止爭也。令者，所以令人知事也。法律政令者，吏民規矩繩墨也。」古之法、律、令，無現代意義之位

利分界之私有財產權的法制建置⁶⁵；另一方面須以財產自由為核心的權利體系建構⁶⁶。人之自由，一如人心，儘管樣繁類多，基本問題與權利構造則大抵不出前論。

平等作為一種權利概念或法原則，憲政主義下之基本命題是法律之前，人人平等，為近代國家憲法普遍承認的基本原則之一，構成現代民主法治社會的基本要素，亦是歐陸國家19世紀立憲以來常見的平等保護憲法條款⁶⁷，基本旨趣是：實質相同者，應等同對待；實質不相同者，應不同對待⁶⁸。此一憲法規範層次有三：其一、宣示任何人同受法律拘束之誠命；其二、預設了法律本身必須平等的前提；其三、蘊含法律規定必須具一般性的特質。申言之，法律的拘束效力若因人而異或因事而別（所謂刑不上大夫），則法律不會是共約遵守的準繩。法律自身若不平等，法律之前，人人亦難平等。猶如天平傾斜或尺規失準，以之權衡輕重、度量長短，自難得出公允的結果。法律是否平等的首要指標是一般性規範方式⁶⁹，旨在建立法中立性的形式要求⁷⁰，不因人設法，為人權保障

階關係，旨在定分止爭則一。

65 財產權的制度保障，參見*Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)*, in: Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 3. Aufl., 1985, S. 161 ff.

66 關於財產與自由、社會之關係與相關財產權理論，參見*Ulrich Hösch, Eigentum und Freiheit, Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG*, 2000, S. 78 ff.

67 例如德國威瑪憲法第109條第1項規定：「所有德國人於法律之前，一律平等。（Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.）」。

68 觀念源於亞里斯多德的尼各馬科倫理學。參見*Aristoteles (Fn. 61)*, 1131a.

69 參見*Christian Starck, Vorwort*, in: Starck (Hrsg.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 1987, S. 5 ff.

70 德國基本法第5條第2項明定要求：「此等（按：表達言論之自由）權利僅能以一般法律規定（Vorschriften der allgemeinen Gesetze）……限制之。」所謂「一般性法律」的意涵為何，學說上頗具爭議，但至少蘊含有「平等保護」與「國家中立」的意旨。至於具體適用上是否嚴守此項原則，因案而異，洵非抽象之憲法層次問題。相關批判，參見蘇慧婕，*言論管制的中立性——美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析*，本書頁201以下。

的起點，法律之前人人平等的邏輯前設。獨以特定對象或族群為規範對象，先不問內容是否正當，至少已有「法律之前，某某人不平等」的違憲嫌疑，由此乃可延伸出個案法律禁止原則⁷¹。據此從規範層次以論，平等保護可分為「法律適用之平等」與「法律內容之平等」兩種問題脈絡，但二者並非截然有別，互無關連。法律適用所造成之不平等，可能出於法律適用者之恣意；亦可能是立法者未慮及法律適用之結果將造成事實上不平等（間接歧視）⁷²。再循此從規範審查以言，法律適用之平等原則以法律適用者（法官、行政）為規範對象；法律內容之平等原則以立法者為拘束對象，後者尤需有法律違憲審查制度，方能落實⁷³。

相對於法律之前人人平等，事實上是否人人平等？法律上如何使之可能？在憲法上能否提出如下的命題：人人無分男女、宗教、種族、階級、黨派……，在事實上一律平等？凡此設問非單純涉及法律規範內涵的平等性，而是觸及人是否絕對平等的實然與應然的辯證課題。

（三）自由平等的各擅勝場

自由作為憲法上之權利，有一定的實質內涵，與人的屬性相

71 雖然個案法律禁止原則的適用，尚需視規範內容而定，但至少在本權限制上，應無例外。

72 相關討論，參見陳靜慧，歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐，本書頁385以下。

73 二次世界大戰之前，德國威瑪時期公法學者*Erich Kaufmann*教授已區分「法律適用之平等」與「法律內容之平等」兩種問題脈絡，並舉當時瑞士聯邦法院的裁判為證，認為「法律之前，人人平等」之憲法平等原則不僅對「法適用」（*Rechtsanwendung*）有所規範，亦及於立法（*Gesetzgebung*）是否合於平等之課題。參見*Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 2-24*。不過，此項見解在威瑪憲法時期似乎並未發揮實際之規範作用，尤其是針對法律是否違反平等原則之問題，足見憲法之規範意旨與具體落實之間往往存有巨大的落差。此種規範與現實間差距或縫隙的拉近或填補，非單憑理念之倡導，尚賴憲法維護機制之建立與運作。

關，由己身所出，如思想、行動、言論、著述、信仰、集會、工作、結社等。相對而言，平等或受公平對待的需求，同樣也是源自人的本性，但作為一種憲法上之權利，則無特定的實質內涵⁷⁴，而是一套檢驗國家行為是否公平的尺規或天平，用以測度公權力行為是否對於人民權利作出不合理的差別待遇。運用之道，尚須建構權衡的考量因素與操作機制，且視審查標的與所涉問題而有不同。

就人民權利保障而言，自由與平等各有擅場，尤其憲法的平等保障不僅是一種憲法原則，亦是獨立的基本權利⁷⁵，人民得以其憲法保障之平等權受到侵害為由⁷⁶，聲請憲法解釋⁷⁷。在權利的法律實踐上，自由與平等彼此依存、相互支援。自由與平等之併立關係，基本上有三種可能：一是自由保障與平等保障互不相涉，例如要求國家不得任意侵入營業場所（需有法律依據與正當理由），與要求國家搜索營業場所時（有法律依據與正當理由時）必須一視同仁（對所有相關營業場所），分屬二事；又如人民違規停車而被拖吊時，汽車駕駛人可主張主管機關無拖吊的必要（比例原則），亦可質疑何以僅拖吊其車，而不拖吊同時地的其他違規車輛（平等原則）。二是自由保障與平等保障相互包含，例如要求國家不得任意

74 此所以Hans Kelsen將平等原則稱為「空洞公式」(Leerformel)。參見Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit, 1953, S. 26.

75 參見Michael Sachs, Der Gleichheitssatz als eigenständiges subjektives Grundrecht, in: Wendt u.a. (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 309 ff.

76 於此有一經常被提出討論的問題，即憲法第23條規定：「以上各條列舉之自由權利，除……外，不得以法律限制之。」平等保護若是一種權利，如何被「限制」之？實則，此乃一項假性議題。蓋憲法第23條是法律保留暨比例原則條款，人民如認為其憲法保障之權利因公權力違反法律保留暨比例原則而受侵害者，即得援引此項規定而為主張。反之，人民如認為其憲法保障之平等權受到侵害，得直接以抵觸憲法第7條為由提出訴訟與聲請釋憲，無須援引憲法第23條，自亦無平等權受法律限制之問題。此一觀點的釐清，於人民之法律上權利因法律違反平等原則而受有侵害時，尤其重要。例如非涉及生存底線之社會福利給付法律，人民如認為該法律違反平等原則者，得以憲法第7條為據，聲請大法官解釋。

77 平等原則與權利的關係，涉及人權保障的實踐機制。參見「參、二」。

補助同業競爭者，其一方面是營業自由的保障，同時亦是公平競爭的確保。三是自由保障與平等保障彼此互剋，例如要求國家認定「單身條款」無效，其一方面旨在落實性別平等，他方面則是限制雇主的營業自由。

自由權的防禦，除比例原則的運用（過度禁止），往往同時帶有平等保護的審查，也就是平等作為一種憲法原則（平等原則），則法律對自由權之限制，不得違反平等原則。平等保護審查的操作若要不失空洞，以防禦自由權為主軸發展之比例原則的相對細膩內涵，可供平等審查之用。此外，訴訟權是連結自由與平等的制度性權利，訴訟制度本身亦須符合平等原則。例如訴訟程序必須正當，不得侵害人民受公平審判的權利。

（四）自由平等的二律悖反

自由與平等為人類普世價值，卻存在著某種難以形容的明顯差別。自由根基於人的差異，源於不求同的人類本性，加上人的稟賦各異、勤墮有別，由此產出人與人之間的事實不上平等，為自由之當然結果。相對而言，人皆平等的設想（理想）⁷⁸，則建立在人皆不平等的事實基礎上，訴求人人平等。憲政主義無可避免的邏輯悖論是，人的稟賦天生各異，卻要人人平等。

自由與平等的觀念要素來自過往的經驗與新近的思想，是戰爭、革命、民主、法治、憲政下的綜合產物。自由與平等在人權發展史上依隨相伴，時而呈現對立牴牾的弔詭關係。政治上要求給予市民社會儘可能的自由，與儘可能平等對待的政治訴求，處於程度不等的相互衝突情境。所謂社會之最大自由，當然包括強勢者的自

⁷⁸ 人皆相同的理論可以在基督宗教的教義中找到根基。Genesis 1: 26-28記載：神按自己形象造人，由此推導出Imago dei = Imago hominis的定言，延伸為人人必須被「一視同神（形象）」的誠命。參見Christian Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, S. 376 f.

由；而社會之最大平等，恰應是給予弱勢者機會與扶助的平等保護。從憲政民主與人權保障的觀點來說，自由與平等的衝突問題，須由立法者調和鼎鼐。立法者如何滿足政治上相互對立的訴求，要給予強勢者自由空間或給予弱勢者平等保護，容有形成自由。往下推問，無可避免會碰觸人的圖像或人的本質此一古老的話題⁷⁹，因時間空間、環境條件、歷史因素而各有定義、觀念分歧；且隨不同學科（如神學、哲學、心理學、生物學、人類學、法學等……）觀察角度與關切焦點而異其說法。憲政主義與人權理論下的人類圖像，只是以法律建制與權利保障為基點的一個剖面。

二、防禦與保護的三角習題

（一）侵害防禦與不法除去

人生而自由平等的政治主張，轉換成自由尊嚴不容侵犯與法律之前人人平等的憲法上權利（基本權），首要功能在於防禦來自公權力之侵害，屬於人民對抗公權力之防禦權。防禦之法，先是除去不法之公權力行為，包括違反比例原則之干預性法律、行政行為及法院裁判⁸⁰，或違反平等原則之歧視性法律、行政行為及法院裁判；其次是除去公權力所生之不法結果，主要是除去執行違憲法律、行政行為或法院裁判所生之後果⁸¹。此外，無法律依據或違憲之行政事實行為所生之不法結果，亦在排除之列。基本權防禦功能的層次與面向，細以究之，可再分二端：其一，公權力直接剝奪、限制或干預人民的權利，不問公權力的法律性質為何，人民均得本於基本權，經由救濟程序排除之。其二，公權力先禁止人民為特定之行為，再透過公權力之許可開放該特定之行為（所謂禁止但附許

79 13世紀，Tommaso d'Aquino的Summa Theologiae一書謂：人的本質像是一塊未經書寫的tabula rasa；17世紀，Locke紹承其說，謂：人生如白紙，沒有與生俱來的心智，唯賴後天的認知與經驗，引發人有無「自由意志」的論辯至今。

80 基於法安定性的考量的限期失效、延宕憲法規範效力。

81 公法上結果除去請求權之根基在於基本權利所生之防禦權。

可保留)。表面上，公權力給予人民許可是一種給付，實則是回復人民受憲法保障之權利狀態（解禁），故人民享有請求給予許可之公法上權利。行政機關若違反比例原則或平等原則而不予許可者，人民得以基本權為據，經由救濟程序請求之，此仍在基本權防禦功能之射程範疇。

基本權的防禦功能是相對於公權力的侵害，要求公權力不得侵犯，同時賦予人民排除侵犯的權利與程序機制，故人民享有確保基本權防禦功能的給付權（自由權的防禦性給付功能）；國家則負有建置正當程序（自然正義）與有效救濟（無漏洞權利保障）等機制的義務。

（二）給付面向與保護網絡

相對於基本權防禦功能，鑑於人民行使權利需要物質條件與周邊制度，加上人民權利受到侵害，非僅來自公權力一端，肇因於私人（社會強勢者）或自然災害而受害者，所在多有。基本權防禦網絡若僅侷限在防堵公權力侵害，自有不足，從而在基本權的輻射效力之下，人民尚應享有請求國家提供給付或保護的權利（自由權的保護性給付功能），國家相對負有保護基本權的義務。立法者除應提供滿足人民生存底線或尊嚴生活的基礎需求（給付性法律），並應建構使人民免受天災人禍的保護制度（保護性法律）。

同上理路，平等權的法律實踐亦有給付與保護兩種功能面向。歧視禁止所生之防禦功能，在於排除公權力的不公平對待。不過，基於法安定性的考量，或因「回歸平等」的方法不僅一端，公平狀態的重建往往需要立法者權衡得失，故讓諸立法者的形成自由，修正法律或另行立法（平等權的防禦性給付功能）。其次，法律之前人人平等的憲法保障，主要是以法律作為檢驗對象，審視立法者的分類標準與差別對待是否恣意，為法律規範射程內的消極性平等。至於法律規範射程之外的事實情境與社會關係，則落入各憑本事的

自由場域、自我分配的私人領域（市場經濟、私法自治）與製造差異的開放空間⁸²。社會正義的確保與事實平等的增進，徵之歷史，驗之法理，為憲政民主國家不可或缺的條件與核心要旨之一，爰有社會國原則及其相關社會權的憲法規範與要求，促使國家（立法者）介入私人領域與自由市場進行資源的調控與財富（重）分配，受平等制約的法律遂成為實現平等的積極性調控工具，一方面節制經濟上的強勢者，保護弱勢地位（勞動者），例如建立最低勞動工資、勞工一例一休（全民週休二日）等制度；另一方面提供給付，包括建立全民健康保險、社會福利給付等制度；再加上各式的優惠性差別對待或積極性平權措施⁸³。

（三）過度禁止與不足禁止

源於天賦人權與追求正義的法治國原則、社會國原則及其伴生的各種防禦與保護基本權，為憲法規範之所應然，內涵與實踐則有多種的詮釋與可能，規範模式與事實現況未必一拍即合，時輒鑿柄不投。防禦、給付、保護的錯綜訴求與交互循環，構成憲政主義與人權理論實踐上棘手的三角習題。

不問自由或平等，人民生存底線的確保都是人權保障的黃金交叉點。滿足基本的物質條件與立足空間，人之為人的基本人權，營養、續命、健康、教育……，理之至明，實踐之道卻至大至廣，既開放且多元，牽涉資源、財政、空間等錯綜因素。國家取之於民，用之於民，或者打破私法自治，重新分配財產、重組社會結構，方法不一。不足禁止作為憲法原則，言之鑿鑿，確可信據；如何始足？則踟躕難定。基本二問是：如何分配？誰來分配？

82 參見「貳、一、(四)」。

83 參見吳秦雯，「優惠性差別待遇概念」之接受、適用與轉化——以我國與法國之「性別」作為優惠標準之比較，本書頁313以下。

社會國家，道之行也，殆有二途：一、直接從憲法推導出一般性的給付請求權或社會基本權，不分年齡、性別、職業等因素，只問是否需要一律得請求提供必要的給付；二、將社會權的建構與實踐委諸立法形成自由暨（或）行政裁度推量。立法創設形塑給付請求權，構成要件的設定，依年齡⁸⁴、性別⁸⁵、職業⁸⁶、生活負擔⁸⁷、家庭境遇⁸⁸、身體狀況⁸⁹……；再由行政部門為對象的選定（優先順序）、要件是否該當的認定……。前者似可解決給付立法的困境，防止立法怠惰。但無異於將社會權的實踐與落實託付到法官手上，由司法權扮演「社會權維護者」的角色。不過，法院「不告不理」與「一次一案」的獨特性格，能否透過個案裁判窮盡觀照無數的通案？（大小）法官有無權力處理大格局、牽動各方利益的社會政策問題⁹⁰？眼界如何？政策與法的分野何在？凡此已非單純的觀念辯論，更進一步觸及實踐機制的設計與選擇問題。

參、轉稼：憲政與人權實踐的機制選擇

憲政主義從理念到實踐，漫漫長途，筆路藍縷，「發現」或「發明」違憲審查制度、憲法法院制度及基本權規範內涵，發揮人權保障功能⁹¹，實為20世紀以後的事⁹²。憲政主義與人權實踐涉及

84 老人福利法。

85 消除對婦女一切形式歧視公約施行法。

86 老年農民福利津貼暫行條例。

87 社會救助法。

88 特殊境遇家庭扶助條例。

89 身心障礙者權益保障法。實踐問題，參見孫迺翊，身心障礙行不行——以訴訟途徑請求公部門落實無障礙設施設置義務的可行性評析，本書頁437以下。

90 例如年金改革。

91 憲法法院制度被稱為公法學及法制度之一項「發明」(Erfindung)。參見Juan Antonio García Amado, *Konstitutionalismus und Recht*, in: v. Aarnio/Hoeren/Paulson/Schulte/Wyduckel (Hrsg.), *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts*, Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag, 2013, S. 677 (679). 相

權利與法律的關係、理念與方法的交互為用，以及違憲審查的制度選擇課題。憲政主義的矛頭始則指向造成不平等、不自由的專制君權，以民定法律制約王權，除透過憲政機制與政治手段外，例如質詢杯葛、預算控制等等，法院的分立暨審判的獨立，亦是不可或缺的一環。著眼於人權受危來源，隨著時代演進，歷史經驗顯示，法律本身亦可能侵害人權，其所生全面性、系統性的影響層面，危害程度猶勝於各別性、局部性的行政行為，再配合司法體系的運作，產出具有終局性、拘束性、執行力之侵權裁判，戕害人權，無以加焉。從法規範體系與國家權力結構而言，公權力也者，上至憲法、法律、行政命令，下至行政處分、行政契約、事實行為，乃至於司法裁判，侵害人民權利者，無一不有，無所不至者，所在多有。人

對於此，法規範位階及司法違憲審查理論則堪為「公法學上之發現」，足以媲美「私法學上之發現」。後者經典之作，為Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen*, in: *Verhandlungen des 42. Dt. Juristentages*, 1959, II B, S. 1 ff.。中譯文，王澤鑑，法學上的發現，收於：民法學說與判例研究（四），頁1-23（1982年）。另，20世紀中葉以降，德國聯邦憲法法院逐步發展的基本權保護義務理論，被譽為「法學上之發現」。參見Klaus Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung*, DÖV 2010, S. 241. 中譯文，蔡宗珍譯，基本權保護義務之功能——法學上的一大發現，月旦法學雜誌，175期，頁46-59（2009年）。附帶一提者，法學上「發明」或「發現」概念指涉內涵的同異，德國學說素有歧見。Rudolf von Jhering將法學的建構（juristische Konstruktion）稱為是一種「發明」（Erfinden）。依氏之見，法學的建構是將法律素材（Rechtsstoff）以自然歷史之方法（im Sinn der naturhistorischen Methode）予以形成（Gestaltung），屬於一種賦予法律以生命的法學上創造藝術（bildende Kunst der Jurisprudenz），其成果有如藝術作品，創造迄今社會存在的新事物。參見Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Zweiter Teile, 4. Aufl., 1883, S. 357 ff., 370 f.。相對於上，Hans Dölle於上文中認為透過思辨行為（spekulative Akte）發掘迄今尚未為人所知的規範關聯，並尋此認識法律現象的特定規則及本質，謂之法學上的發現（Entdeckung）。由於此二概念界定模糊，今之德國學說經常混用。例如由德國聯邦憲法法院發展的資訊自決權，有稱之「發明」者（例如Bernhard Schlink, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, *Der Staat* 19 (1986), S. 233）；亦有謂之「發現」（例如Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, IV/1, 2006, S. 231）。相關討論，詳見Gerrit Hornung, *Grundrechtsinnovationen*, 2015, S. 337 f.

92 美國之法律違憲審查制度肇基於1803年，但發揮保障人權的功能，則是20世紀以後的事，已見前述。

民與國家權力之間的抗衡關係，某種程度屬於基本權的垂直效力範疇。相對於此，人民若受到來自人民自身的侵害，則為人民與人民之間的抗衡，屬基本權的水平效力。同為基本權主體的人民相互之間得否及如何主張基本權，學說見解或說法各異⁹³，理論開展與實踐復又受到制度因素的左右⁹⁴。如果說使人民免於公權力之侵害，是憲政主義與人權理論的基本要諦，則如何從「有權利、必有救濟」法諺，建構起「無漏洞的權利救濟」制度，再進階到「無漏洞的人權保護」體系，為憲政與人權理念實踐的關鍵所在。

一、程序與實體的交互滲透

制度與理念互為條件，程序與實體彼此滲透，非全然二分，無主從之別。以下從民主法治、權力分立、違憲審查、正當程序等四維面向，剖陳憲政主義與人權保障的實踐機制與考量因素。

（一）民主法治的制度底蘊

民主作為政治制度，是一種競取多數的權力遊戲。就此而言，民主是一種程序，但同時也有實體底蘊。民主政治的形式架構含有人皆平等、互不支配的實質誠命。一人一票、票票等值的平等要求，原本應是民主程序不可逆違的實體要件，輒因社會條件、思想水平及政治背景的差異，始終未能契合，由此衍生的實體問題多不勝數，諸如：以階級、性別、財產、職業、品行、年齡等作為有無

93 德國學說稱之為Drittwirkung（基本權對第三人效力），美國則在state action（國家行為理論）的脈絡下討論。

94 德國基本權客觀效力奠基於1958年Lüth案判決，即是拜裁判違憲審查制度之賜（憲法法院對確定判決的審查權）。若乏此制，基本權客觀功能暨第三人效力將無可資附麗之有力實踐機制（各級法院亦可發展，但功能不彰），此正是我國釋憲實務至今無法開展基本權客觀功能暨第三人效力理論的主因之一。司法院釋字第656號解釋宣告「所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第23條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障」的作法，只是在欠缺裁判違憲審查制度下的迂迴之道。

選舉權與被選舉權的標準。

憲政主義與法律的關係，即民主與法治的關係。法治與法的來源互為條件、相因相生。民主，字源來自希臘⁹⁵，希臘城邦時期即有民主政治，基本模組無改，實體內涵則變動不居，民主的正當性基礎及其理據，亦隨著歷史發展迭有增益。社會或國家是由個人（人民）組合而成，法作為社會的生活規範或國家的統治工具，決諸一人，或眾人共決？從形式上來看，後者（共議）的可接受度應該大於前者（獨斷），爰有民主法治之所由生。

民主法治以人民為單元組成法律共同體，訴諸多數決形成共同意思，著之於法。如所周知，社會契約理論⁹⁶為民主法治支配正當性提供思想上的基礎。所稱「契約」也者，始終是一種觀念上的擬制，理論的破綻在於契約的本質是「合意」，而且是（契約當事人）「全體」意思的合致。多數決對少數人來說，無疑是一種「強制」（少數「服從」多數），與契約自由的法理本質難謂相侔。社會契約論的另一項理論弱點是「契約當事人」是誰不明？所謂「社會」者，指涉的是實存世界，固毋庸議。然透過多數決程序形成共約信守契約的政治共同體，必須有一定的範疇與標定特徵，不能是抽象的設想，橫貫宇內古今、無邊無際。民主講求人民自主，政治意思非定於一尊，自然會有不同的政治共同體，也必須要有不同的政治共同體（世界大同與自由平等相悖）。近代國家理論以人民、土地、主權作為國家（一種政治共同體）的三要素，基本上是國際法上的國家概念，屬於國與國的外在區隔⁹⁷，至於各國內部的組合關係與本質內涵，則始終未明。19世紀歐陸世界的國家觀，游移於國

95 Δημοκρατία、democracy或Demokratie（民之支配），δῆμος、dēmos、people、Volk（人民）與κρατία、kratía、rule、Herrschaft（支配）的組合。

96 古典社會契約理論的代表思想家主要是霍布斯、盧梭、洛克。

97 參見Burkhard Schöbener/Mathias Knauff, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 2013, § 7 Rn. 17 ff.

家社會二元與單一政治共同體兩種思維之間。殆至「法人實在說」理論的提出，觸發了「國家」概念的另類理解⁹⁸。「國家」無疑是一種人民自治團體，儘管作為一種公法人仍舊是一種擬制⁹⁹。國家若是「人合團體」，則誰是這個政治共同體的成員？如何取得？如何辨識？可否放棄？也就是民主成員身分的得喪變更，單純的政治現象自然也要轉換成實體的法律問題，由此拓生出國家與人民的身分關係的連結與斷裂，「國籍」遂成為近代民主法治的實體要素。自由的國籍理論與法制¹⁰⁰（人民可以選擇自己的國籍），方得以破解了國家與社會二元論的歷史迷思與社會契約論的說理疑團¹⁰¹，並形成民主法治的有機循環與鎖鏈關係。簡言之，人民自主共組政治共同體，形塑出自治團體（民主意義之國家），再以多數決產生法律，依法而治（法治），如此循環反覆。簡示之：民主→自治團體（國家）→法治→民主→自治團體（國家）→法治……。蔽以言之，民主法治的底蘊即是：凡有民主法治之政治團體，皆為國家；反之，國際法上之國家，未必是民主法治的自治共同體。

（二）權力分立的論據理路

人生而平等自由的政治主張，立論回歸到人的本體與質素，無

98 民主政治淵源流長，但從人民團體的角度出發，並賦予法律上的實質理論基礎者，要推德國學者 *Otto v. Gierke* (1842-1921)，氏於1902年就任柏林大學校長，在就職典禮上以「論人類團體之本質」(Das Wesen der menschlichen Verbände) 為題發表演說，破題的大哉問是：於實然的法律世界中，在有血有肉的人類（法律用語：自然人）之外，創設無血無肉的稻草人 (Vogelscheuche)，目的何在？在此設問下，氏發展出「法人實在理論」，影響深遠。參見 *Otto v. Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902, S. 7 ff.*

99 國家以外之公法人，例如地方自治團體、農田水利會或行政法人等，均有法律之創設基礎。例如地方制度法第2條第1款、農田水利會組織通則第1條。

100 近代國籍法制濫觴於1804年拿破崙民法典。

101 此為學說上修補民主理論破綻的嘗試之一：民主的（第一次）原始集會以「一致決」的方式通過以「多數決」作為決定機制與政治運作方式。相關理論與爭辯，參見 *Wolfgang Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 127-131.*

可避免地觸及人的本性。自古以來，簡化的二分論題是：人性本善或本惡？西方基督宗教神學與哲學早有人與生俱有原罪的思想¹⁰²。人性論的弔詭在於，如何由此推論與設想制度：人性如本惡，人又將何如？一種可能性是原罪思想與君權神授的結合，造就出天命君王規訓廣眾罪民的政治神話¹⁰³；另一種推論則是，統治者亦為人，具備人類所有的原罪（惡質），君權的限制允為首要之務，理由從「人非天使，孰能無過」¹⁰⁴到「絕對的權力絕對的腐化」¹⁰⁵，說法不一，訴求則同：權力的分立至少可以分散因權力集中而腐化專恣的危險。也因此，制衡是權力分立的（實體）目的。脫離人性論的主觀詮釋，權力分立與制衡的另一客觀實體觀點是：制衡預設了平等的元素，人民＝主權的實踐要項。若謂無人可以當然的自居為排他性的權威者，則從無人可以當然支配他人的邏輯亦可推行出權力（人民主權）的彼此分立與相互制衡。

原罪是權力分立的負面底蘊，正面思維則是不同權力各有其

102 原罪的相對應的外文有：peccatum originale、Erbsünde、péché originel、original sin等。St. Augustinus (354-430) 從精神慾望中看出的原罪，其後由 Thomas von Aquin (1225-1274) 概括為自然之罪 (corruptio naturae)，Summa Theologiae I - II qu 82, 3: (Et ita peccatum originale materialiter quidem est concupiscentia; formaliter vero, defectus originalis iustitiae.) 康德於1784年Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht 一文認為：人是一種需要主人的動物，因為人會濫用其自由；人的最高主宰就是人自己，但這是最困難的任務，人是由曲木 (aus so krummem Holze) 所生，欲雕琢成為完全筆直，殆無可能，其中亦隱含有人的原罪思想。參見Starck (註36)，頁10-11。

103 霍亨斯陶芬王朝腓特烈二世於1231年頒行的Melfi憲章明揭：Sicque ipsa rerum necessitate cogente nec minus divinae provisionis instinctu principes gentium sunt procreati, per quos possit licentia scelerum coerceri. 大意是：天命授朕以神權，用以馴服汝等罪行之恣意。參見Starck著 (註36)，頁11。

104 經典說法是James Madison (1751-1836) 於1788年在The Federalist Papers No. 51所寫的：“If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.”

105 “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely. Great men are almost always bad men.”語出John Dalberg Acton (1834-1902)，1887年致Bishop Mandell Creighton之信函。

「核心領域」，包括內閣制的行政權¹⁰⁶，以及國家諸權力應予合理的區劃或派分¹⁰⁷，俾以形成最適切（正確！）的國家決定，或以「功能最適」或「功能適切」原則¹⁰⁸謂之。不管理路取徑為何，均須面對「核心領域」或「功能最適」的定義與區分難題¹⁰⁹。其終也，無可閃躲的仍是人的因素，尤其是憲法機關的憲法忠誠問題¹¹⁰。

（三）法律違憲的證成邏輯

憲政主義有別於傳統法治原則，要徵之一為違憲審查制度的建立與運作。精確言之，乃法律的憲法審查或立法權的司法審查。在具有民意基礎（民主）的立法機關之上存有其必須服膺之上位規

106 參見 *Völker Busse*, *Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten*, DÖV 1989, S. 45-54; *Thomas Kuhl*, *Der Kernbereich der Exekutive*, 1993, passim.

107 參見 *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 210 ff.

108 參見 *Thomas von Danwitz*, *Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur*, *Der Staat* 35 (1996), S. 329 ff.

109 詳參蔡宗珍，我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代，40卷4期，頁491以下、511-550（2015年）。

110 於釋憲實務上，憲法忠誠最先出現在司法院釋字第499號解釋理由書：「國民大會依正當修憲程序行使憲法第一百七十四條修改憲法職權，所制定之憲法增修條文與未經修改之憲法條文係處於同等位階，惟憲法條文中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法上整體規範秩序將形同破毀，此等修改之條文則失其應有之正當性。我國憲法雖未明定不可變更之條款，然憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序（參照現行憲法增修條文第五條第五項及本院釋字第三八一號解釋），乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。國民大會為憲法所設置之機關，其具有之職權既為憲法所賦予，亦應受憲法之規範。國民大會代表就職時宣誓效忠憲法，此項效忠係指對憲法忠誠，憲法忠誠在依憲法第一百七十四條規定行使修憲權限之際，亦應兼顧。」後又見諸司法院釋字第632號解釋理由書：「就監察院因監察院院長、副院長及監察委員任期屆滿而繼任人選未能適時產生時，如何維繫監察院之正常運作，我國憲法及法律未設適當之處理機制，則尚未以修憲或立法方式明定上開情形之解決途徑以前，更須依賴享有人事決定權之憲法機關忠誠履行憲法賦予之權責，及時產生繼任人選，以免影響國家整體憲政體制之正常運行。」

範，名之曰「憲法」。違憲審查制度，環顧各國，概有集中式與分散式二種，國內文獻，歷有討論，制度選擇，各有分說。1803年，美國最高法院在憲法無明文規定下，自我加持，創造法律違憲審查制度，與具有民意基礎之國會分庭抗禮，何以然也？素有英法傳統之南非於1994年種族隔離政策崩解後，一反最高法院違憲審查權之司法向例，肇建德式憲法法院制度¹¹¹，其故安在？臺灣的違憲審查與德國集中式憲法法院特色相近¹¹²，究竟是歷史演進偶然的無心成蔭，還是主其事者（立憲者、立法者、釋憲者……）刻意栽培所致？制憲初始是否意圖將司法院建構成美國最高法院¹¹³，非徒立法政策的選擇問題，更牽涉現行制度是否牴觸憲法，從而旁及司法院的改革走向¹¹⁴。憲法審判權或分散或集中，嚴格而言，一定程度具有「歷史性」及「法文化」的特殊底蘊；法律違憲審查的制度建置與設計，同時也是一道程序與實體的辯證課題。

憲法如果不是單純的政治宣言或道德訴求，而是具有拘束力的

111 參見Levin Holle, *Das Verfassungsgericht der Republik Südafrika: Entstehung, Aufbau, Zuständigkeit nach der Übergangsverfassung vom 27. April 1994*, 1997, S. 50.

112 司法院釋字第371號解釋理由書：「我國法制以承襲歐陸國家為主，行憲以來，違憲審查制度之發展，亦與上述歐陸國家相近。」

113 時任立法院院長孫科於國民大會報告憲法草案內容時，稱：「此項制度（按：司法院為國家最高審判機關），相當於美國最高法院」（見國民大會秘書處編，國民大會實錄，頁306（1946年））；張知本代表則於第十次制憲會議時提出報告表示：「本條（按：現憲法第79條第2項）規定設大法官若干人，此一名稱相當隆重，現在最高法院推事約有百餘人，掌理全國訴訟，尚感人力不敷，倘將來設大法官百餘人，甚為困難。我國最高法院與美國不同，大法官須對全國人民解釋法律，在歐美各國大法官除辦普通審判外，兼為解釋憲法，故……大法官任務作明確規定」（國民大會制憲會議紀錄騰正本（四），頁18-19）。何者為是，稱得上是臺灣憲法解釋的「死人之口」問題。

114 司法院釋字第530號解釋宣告：「為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨，司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制」，其中「最高審判機關之制憲本旨」云者，究指將司法院改造為美國最高法院（同時廢除最高法院、最高行政法院、公務員懲戒委員會），抑或將司法院大法官「憲法法院化」，容有解釋之空間。

法規範，自須建構具規範效力的實踐制度；如果憲政主義與人權理念的要義是「防止國家權力侵犯人民權利」，實踐之道自然是建立一套足以「對抗國家權力」的機制；對抗的如果是立法權，更需要有一套得以挑戰法律、推翻多數決的程序機制。歷史經驗顯示，法律未必代表人民的普遍意志，悖於民意及社會所需者，斑斑可考。立法者（立法機關）對於人民權利的形塑與實踐居於主導的地位，為民主憲政之所應然。實然的法案製程與議事品質，卻充滿了不可預測與不受控制性。立法的產出究竟是影響深遠的制度興革，還是無用或有損的廢紙¹¹⁵，不無疑問。如果定期改選的立法者不再且不能被神格化，則憲法內建自我防衛機制，構築法律合憲性的控制體系，也就是理所當然的必要之舉。

誰是適格「憲法維護者」的理論爭辯，除了權力（總統或司法權）屬性的定位以及政治與司法的界分外，重點毋寧是認清「憲法的危害源」¹¹⁶，背後蘊含對民意立法機關的不信任，同時涉及權力制衡的問題。如果立法權（法律）可能是憲法的危害源，則保護憲法的其他國家權力，獨立中立的司法權，相較於富政治性、時受國會掣肘的行政權，何者最適？法律違憲審查制度的另一層意義是：維繫合憲法律（合憲秩序）之存續，不容許立法者改變既有的合憲秩序。因此，違憲審查同時亦是「既有法律」（舊法秩序）與「新定法律」（新法秩序）之間的「比較」，審視立法或修法的程度是否過鉅？目的是否正當？手段是否過度？於此需要運用比較辯證的法

115 Julius von Kirchmann「國會更動三字，圖書館頓成灰燼」，言猶在耳，於今可能已是另番景象：國會使圖書館成為汗牛充棟的廢紙庫。

116 Carl Schmitt在論及誰是憲法維護者的問題時，準確地指出：探究憲法維護者之問題，同時就是危險來自何方的問題（Die Frage nach dem Hüter der Verfassung ist also gleichzeitig die Frage nach der besonderen Richtung, aus welcher eine Gefahr droht.）。不過，Carl Schmitt隨即表示：對抗立法者的憲法保護，尚不迫切。蓋此時（按：威瑪憲法時期）無立法者濫用權力之虞，亦無可能。參見Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in: Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 3. Aufl., 1985, S. 63 (66 f.)。

學方法，方能得法。

憲法拘束力→基本權拘束力→憲法審判權→基本權訴訟制度，從觀念的發微與思辨，到成形建構乃至付諸運作的發展軌跡，並非循著直線的路徑行進，而是迂迴曲折。觀念上，首要前提是憲法優位於法律的基本預設。憲法與法律的位階性，或者憲法之於法律的優位性，不僅只是憲法在上、法律在下的「空間」階層關係。需要思考與討論的問題是：同樣具有民意基礎的法律，何以前者效力強過後者？僅因制憲／修憲的程序較之立法／修法的程序嚴格（形式／程序論）？或者是憲法多了一些「法律所無之限制」（實質／實體論）？設若只是修法（憲）的程序較為嚴格，則必然會推導出修憲無界線論（只是多數與多數的角力）；反之，憲法的優位性（或最高性）並非只來自程序的加持（加重多數），而是憑藉若干無可捨棄（民主）或退無可退（尊嚴）的實質內涵，則即便立法機關透過程序運作掌握絕對或加重多數的間接民意支持，亦不足以且不能動搖憲法法律中的憲法¹¹⁷。

憲法優位性的理據何在？從何而來？在憲法學理上是否普遍存在？在憲政實務上是否確實存在？在憲法條文上有無規範憑據？在憲法思維上有無邏輯矛盾？憲政主義與人權理論的兩難命題與套套邏輯：如何為人民的福祉，防止代議士以法律侵犯人權？多數決（民主）v. 少數論（人權）？普世性v. 差異性？民意若川，不捨晝夜！憲法的恆常性與法律的可變性如何調和¹¹⁸？憲法理念的普世效力v. 社會差異？法是文化現象的一種，如果文化因地而異，又如何不使內外異法、共約咸遵？

117 參見司法院釋字第499號解釋。

118 美國憲法解釋的原意主義（originalism）與非原意主義（non-originalism）之爭，或死人之手問題，多少是憲法恆久性v. 法律可變性問題之折射。參見蘇彥圖，憲政民主的死人之手問題——憲法規範權威的初步反省，本書頁135以下。

違憲審查制度的邏輯悖論是：民主憲法（制度）奠基於人民（製造者），由人民運作（使用者），被製造者（被使用者）無法決定製造者（使用者）的良窳¹¹⁹，憲法又如何靠違憲審查制度保護自己？委由司法權擔任憲法維護者，尤其艱難的根本課題是：誰來控制憲法維護者？如果憲法法官的產生（民主正當性）是來自行政權（提名權）與政治多數（同意權），吾人如何保證（或期待）憲法法官能夠保護人民的憲法權利，而不會使用憲政主義的術語、披著民主政治的外衣、操著保障人權的詞彙，實則屈從於政治權力，甚或迴護政治勢力？如果在制度上不能讓憲法法官（大法官）受到法的控制，那麼所謂的人民的主權將如何擺放？是否會造就出「司法威權」，讓人民主權旁落到少數的憲法法官（大法官）手上？

回顧歷史，合法性的確保是維繫政治秩序的基本前提。法官的權力越大，受合法性的要求越高。儘管憲法訴訟允應遵循「不告不理」的訴訟原則與「一次一案」的司法美德¹²⁰，縱使憲法裁判未必為政治部門所遵循¹²¹，吾人仍不能完全排除政治部門可能藉由憲法裁判的加持，坐實侵權法律的「正當性」。正因（大）法官的權力之大（擁有說最後一句話的權力）、司法裁判的拘束力之強（如果政治部門守憲的話），政治部門反而更想要操而控之。憲法權力遊戲令人神往，又駭人心寰！憲法需要維護者，誰來擔任維護者？誰來決定維護者？誰來控制維護者¹²²？……在一連串的問題之間不斷遊走，但沒有對不斷出現的問題提出解答。

119 參見Böckenförde (Fn. 25), S. 112 f.

120 *Ubi non action, ibi non iudex*與One time one case，表面二事，實則兩面一體、相互連動。

121 司法院釋字第530號解釋「司法院審判機關化」的意旨迄今尚未落實，為顯例之一。其他之例，多不勝數。

122 參見Otfried Höffe, Wer hütet die Verfassung vor ihren Hütern?, in: Stolleis (Hrsg.), *Herzkaammern der Republik, Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, 2011, S. 124 ff.

沒有一個社會可以單靠目的取向的交換正義而能順遂運作，社會的交互關係需要有更深的文化根基，方能維持民主自由法秩序機能於不墜¹²³。當憲法作為最高規範的觀念被普遍接受時，法制方能跟進，著為憲法條文¹²⁴，再之付諸實施、具體運行；憲法規範意旨的落實與有效，唯賴全國各機關（尤其憲法機關）與人民的憲法忠誠意識與維護憲法的堅持信念¹²⁵。

（四）正當程序的功能定位

傳統的法學思維向來將實體規範視為法律的主要內涵；相對來說，程序規範則屬形式性的附加，居於次要，意義遜之。實體法與程序法被分立看待，從而程序法被認為是一種不具實質內涵的形式規範框架。實體法與程序法之分，大抵亦是一種實質與形式之別。程序法居於「服務」實體法之次要地位，時而被過度強調，猶如哲學在古代被貶為神學之侍婢¹²⁶。實未必然，亦不應然。

123 參見 *Udo Di Fabio*, *Wachsende Wirtschaft und steuernder Staat*, 2010, S. 157.

124 法律違憲審查制度屬於憲法規範層次，法律的違憲審查制度若決諸於法律，將形成「立法者決定自我束縛機制」的套套邏輯。此所以美國的法律違憲審查制度由最高法院（在憲法無明文之下）所創；德國法律違憲審查制度形諸於基本法（憲法）之故。

125 盧梭在社會契約論中分析社會化過程中的根本問題是人的自主能力。Hans Kelsen 民主理論的開展亦遭遇同樣的瓶頸與困境，脫困之道是變形（*Metamorphose*），從無政府狀態的自由「蛻變」（*Denaturierung*）為民主的自由。參見 *Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie*, 2006, S. 1 (8, 14, 24).

126 所謂：*philosophia ancilla theologiae*（哲學為神學之婢女），意指理性或自然律遜於神旨。據考，此項觀念及表述方式，源自11世紀義大利主教暨神學家 *Petrus Damiani*（1006?-1072）。氏認為世界上之學術並非「神之法」（*jus magistrerii*），學術與神旨之間毋寧是婢女（*ancilla*）與其女主人（*dominae*）之間的服從侍奉關係。原文：*Quae tamen artis humanae et divinae, si quando tractandis sacrid eloqiis adhbetur, non debet ius magistrerii sibimet arrognter arripere, sed velut ancilla dominae quodam famulatus obsequio subservire, ne si praecedit, oberret.*（斜體字為作者所強調），引自 *Friedrich Ueberweg*, u.a., in: *Geyer* (Hrsg.), *Die patristische und scholastische philosophie*, Bd. II, 12. Aufl., 1951, S. 181 (188)。相關討論，參見 *Max Seckler*, »*Philosophia ancilla theologiae*«. Über die Ursprünge und den Sinn einer anstößig gewordenen Formel, *ThQ* 171 (1991), S.

歷史經驗證明，欠缺程序規範，實體權利亦無從實現。程序正當的否定，最終將會是實體正義的拒卻。實體法與程序法是法律制度的基本區分，其間存有實體權利、程序制度與程序權利三者的交互關係。實體權利的保障與落實須輔以程序機制，於公法領域尤然，復因相對於公權力之類型與干預與否而呈現錯雜的關係¹²⁷。實體請求權的首要問題是請求權基礎何在？原則上需有法律依據，明定請求權的（實體）要件要素。公法上之請求權通常定有申請期限、申請程序及不服的救濟方法等。後者規定旨在實踐權利，但同時也構成對實體權利的限制。程序規定是否合理、有無必要，從權利救濟的角度言，本身即是實體問題。

程序之於實體權利的另一問題面向是程序是否充足？也就是程序的防禦功能，一般所謂「正當程序」¹²⁸，殆指此矣，有「自然正義」之稱，源自13世紀，傳襲至今。憲法第8條異於其他人權條款，以301個字（含標點符號）詳細規定人身自由的保障內容、要件及程序，總共出現了7次「法院」，構成憲法上法官保留原則，對於人民的逮捕拘禁，其他機關僅有24小時的時限，除非修憲，立法者亦不得更動或違反¹²⁹。憲法把是否剝奪人身自由的決定權保留給法官，與法官的人格特質或專業訓練未必有關，重要的毋寧是司法程序的客觀性、公開性、嚴謹性與直接性，俾以讓「被害人」及早脫離封閉的桎梏，越快越好、刻不容緩¹³⁰。

161 (161-187).

127 關於正當法律程序與人權的關係，參見主題演說，廖義男，憲法解釋與行政法制之發展，本書頁106-112。

128 例如美國憲法增修條文第14條規定：生命、自由或財產，非經法律正當程序（without due process of law），不得剝奪。

129 憲法上之法官保留原則，自司法院釋字第690號解釋（根源在司法院釋字第588號解釋）之後，適用範圍被侷限在犯罪嫌疑人或刑事被告之羈押，其他種類之拘禁（如強制收容、強制隔離）不再以法官決定為必要。法官保留淪為法律原則，法院退守到救濟的位置。

130 人是群居動物，有社交的習性，一旦被隔離、禁止與他人接觸，時間一長，人格可能會受到戕害，行為也會扭曲。

程序規範本身亦有確保平等原則的實質價值，特別是在給付行政領域中，不乏競爭關係的篩選汰擇，或者二者取一的利益權衡，程序規範的遵守往往是關鍵所在¹³¹。民主憲政法治國家中，群眾抗爭之為惡，尤其是針對特定個案以實力抗爭手段迫使政府部門就範，在於破壞法律之前人人平等的理性制度。以開發許可案為例，法律建立許可制度，設定許可之法律要件與審查程序，可以使任何人可以在相同條件下獲得或不獲得開發許可。如果允許人民針對特定開發案，透過群眾運動要求主管機關通過或不通過許可，則不僅破壞法律之前人人平等的憲政原則，法律嘗試建立的平等秩序亦將為之破毀¹³²。

實體（實質）與程序（形式），孰輕孰重？重實體、輕程序，可能打開不公平之門，對於遵守程序者構成差別對待。換言之，程序規範形同具文的結果，可能肇致法律之前人人不平等，不可不慎。當然，程序不能取代實體，程序正當不等於實體有理，仍須視具體情節，斟酌理、權衡損益。至於程序有時退居「服務」實體權利的角色，實出於違反程序規定的法律效果考量所致，而非二者之間存有主從關係。程序之為制度，因所涉事項利益殊異，程序類目樣態、繁簡程度自亦有別，程序瑕疵是否必然導致實體違法，非能一概論之，須視個別情形而定。在憲政主義與民主法治架構下，需要考量的是誰來決定¹³³？立法者、釋憲者、法院，還是行政部

131 司法院釋字第443號解釋理由書謂：「……關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要……」，給予行政機關依職權規定給付行政措施之空間，故程序正義於給付行政尤其重要。

132 參見Jan Ziekow, Entscheidung der Bürger über Großprojekte durch Bürger-/Volksentscheid – Regelfall oder ultima ratio?, in: Ziekow/Lee (Hrsg.), Wandlungen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat, 2015, S. 244.

133 大法官解釋中多次出現的論述：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序」（例如司法院釋字第689、709號解釋），同樣亦可在此脈

門？憲政主義下的程序權利與制度建置，不是單純的形式性程序要式或手續流程，還需考量所涉實體權利的類別，評估相關公私利益及其變化規律，使各種衝擊因子趨於動態平衡的狀態，此正當之程序為憲政主義得以興起乃至實踐的關鍵要素。

二、原則與權利的漸層遞變

憲政主義與人權理論的題設，意味了制度與權利之間的交錯關係，由此築砌疊拼出原則與權利的漸層關係與遞變過程。憲法規定國家的基本組織與人民的基本權利，為憲法的通常理解，見諸憲法條文。至構成憲法規範根柢之基本原則，除民主原則（憲法第1、2條）、平等原則（憲法第5條）外，則乏明文。惟從憲法諸規定中仍可尋繹出基本之憲法原則，如法治國原則（憲法第23、62、63、125、171、172條）、權力分立原則（憲法第3至9章分設憲法機關，規範各國家權力間的水平關係，第10章及11章構建地方制度，規範中央與地方之垂直權限關係）、審判獨立原則（憲法第80條）、正當法律程序原則（憲法第8條）等。

上述憲法原則構成憲法第23條之基本權保障的憲法基礎，足為人民主張基本權利的規範依據。例如人民認為其職業自由（工作權）或言論自由受到公權力的侵害，得循司法途徑提起救濟，並得主張公權力違反前揭憲法原則，如法治國原則、平等原則、權力分立原則及正當法律程序原則等。憲法原則於此乃基本權主張之理據，原則與權利在憲法的規範框架下，各司其職，各安其位。權力分立原則同時是人權保障與權限爭議之憲法原則，即屬此類。

拉長歷史的時間軸，憲政主義與人權理論的發展不是互不交叉的平行線，憲法原則與憲法權利之間的關聯理應亦然。於此需要細索且影響層面較廣的是「憲法原則的基本權利化」，也就是權利的

絡下理解。

核心本源課題。如前所述，憲政主義之下的人權理論，一方面保障人性尊嚴、平等、自由、權利等，如言論自由、集會遊行自由、工作權、財產權……等憲法權利；另一方面揭示法治國原則、正當法律程序、法律保留原則、審判獨立原則等。在此之間，存有兼含憲法原則與憲法權利的基本性、程序性或制度性權利，例如平等原則與平等權¹³⁴、正當法律程序原則與憲法程序基本權¹³⁵，前亦論及；憲法第16條保障之訴訟權蘊含「有權利必有救濟原則」，更不待言，但不以此為限。

隨著憲政民主的進展，法治國原則的內涵逐步擴增，或將既有法律原則包羅在內，諸如信賴保護原則、罪刑法定原則¹³⁶、溯及既往禁止原則¹³⁷、無罪推定原則¹³⁸、罪疑唯輕原則¹³⁹、責任原則（無責任無處罰原則）¹⁴⁰等。凡此源自專業法領域的法律原則，晉升為憲法原則之後，是否遞變成為憲法權利，素為憲法理論與釋憲實務的爭論主題之一。此項問題之所以重要，不僅涉及憲法訴訟的程序合法要件¹⁴¹，更進一步影響權利或原則的實質內涵與功能面貌。從人權保障的整全性與實效性的角度出發，法律原則暨憲法原則的基本權利化具有不容忽視的規範意義¹⁴²。

134 參見「貳、一、(三)」。

135 參見「參、一、(四)」。

136 *nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine lege scripta*（罪刑法定原則）；*nulla poena sine lege certa*（法律明確性原則）；*nulla poena sine lege stricta*（禁止類推原則）等。

137 *nulla poena sine lege praevia*。

138 *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*。

139 *in dubio pro reo*。

140 *nulla poena sine culpa*。關於行政罰法制之進展，參見主題演說，廖義男，憲法解釋與行政法制之發展，本書頁115-119。

141 司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定人民聲請釋憲的要件之一是：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」。所謂「憲法上所保護之權利」，指憲法明文列舉之自由權利及第22條蘊含之概括基本權。

142 以訴訟權為例，將「有權利即有救濟」原則基本權利化的規範意義在於，訴訟基本權保護之權利不以憲法權利為限，法律上之權利（例如經濟補助給付）受侵害時，應給予司法救濟之機會，否則即構成違憲。

以無罪推定原則為例，其與罪刑法定原則、責任原則、罪疑唯輕原則共同構成刑法的基本原則，學理發展、實務運作、法制建構，從來已久，但停留在法律層次且偏於刑事訴訟程序的單一面向。無罪推定之「法律原則」若能轉換成「免於受到有罪推定之權利」，升格為憲法上之基本權¹⁴³，非徒有利於聲請釋憲程序要件之滿足¹⁴⁴，更有助於權利保障面向的拓展。申言之，人民因犯罪嫌疑而進入司法程序，瀕臨有罪推定之危險，除來自公權力（檢警或法院體系）外，部分（主要）來自新聞媒體的大肆報導、乃至於酸民婉君的全民攻擊。無罪推定原則作為一種基本權¹⁴⁵，一則可以防禦來自公權力之侵害；二者得排除來自私人的侵害（基本權對第三人之效力）；三則亦得請求國家禁止或限制私人之（有罪推定）行為（基本權之保護義務）¹⁴⁶。總之，如何將法律原則或法律制度提升為憲法原則或憲法制度，再由憲法原則或憲法制度結合基本權（人性尊嚴），轉換成獨立的基本權，形成法律原則→憲法原則→憲法權利的遞進關係¹⁴⁷，為憲政主義與人權理論進化的重要課題。

三、規範與解釋的合縱連橫

20世紀中葉以降，世人見證了憲政主義與人權理論的進階與演化。環顧各國，在憲法作為一種法規範之下，大體已有類型不一、程度不等的審查程序，據以確保憲法的規範性與實效性，憲法的實

143 參見Josef Franz Linder, Der Verfassungssatz von der Unschuldsvermutung, AöR 133 (2008), S. 235 (244 ff).

144 就刑事案件而言，欲滿足聲請釋憲之程序要件，原則上並不困難。蓋刑事判決之法律效果涉及人民之生命權、人身自由權或財產權。不過，此種主張畢竟是侷限在法律效果面向的思維模式，而不是從構成要件的規範視角出發。

145 於判決確定前或（無罪）判決確定後，均可主張。

146 關於歐盟的司法實踐，參見廖福特，無罪推定之權利——三角法律論證，本書頁513以下。

147 參見Georg Neureither, Subjektivierung des Objektiven? Vergrundrechtlichung des Institutionellen? – Zur jüngeren Rechtsprechung des BVerfG im Kontext von Recht und Religion, in: Grzeszick (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Kirchen- und Staatskirchenrechts, 2014, S. 47 ff.

用性與運用密度也相對提高。違憲審查，特別是法律的違憲審查，之所以有抽象與具體之分、集中與分散之別，非出於單純的制度設計與政策選擇，背後更牽涉規範與解釋之間的複雜關係。法律的違憲審查，不僅是憲法的解釋，與法律的解釋亦密不可分。憲法與法律的關係不只是上下位階的法規範，二者實則交雜錯綜，違憲審查的正向思維是「法律的合憲性」審查，但實際操作時卻可能朝向「憲法的合法律性」傾斜¹⁴⁸。合憲控制的機關，尤其是司法機關，游走在憲法基本權規範強度與民主立法權受拘束程度的天平兩端，此消彼長、相互牽制。

（一）憲法的法律依附性

法律違憲審查的基本邏輯是，法律不得牴觸上位的憲法規範。法律是否牴觸憲法，從三段論法的角度出發，須先解釋憲法規範的內涵（大前提），其次就系爭法律意旨進行解釋（小前提），再比對二者的合致性（涵攝），得出法律合憲與否的結論。問題在於，憲法作為國家根本大法，規範方式無可避免地簡練扼要，尤其是憲法基本權規定，除人身自由保障較為詳細外，均是概括條款式的人權清單。縱使每一基本權各應有其自身的保護範圍與本質內涵¹⁴⁹，因憲法規定簡明抽象之故，基本權解釋的結果卻可能呈現多種不同的面貌。學說見解，各抒己見，無可厚非，若成為具拘束力之憲法裁

148 參見Walter Leisner, Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 1964, S. 201 ff.; Walter Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung: Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, 1964, S. 26 ff.

149 基本權的憲法規範，除程序保障機制外，如人身自由的保障（憲法第8條），通常只能以簡潔的方式。儘管如此，憲法基本權清單的類目與內容，對於基本權的解釋與運用，仍具重要性。以實施民主政治最重要的基本人權——表現自由（司法院釋字第445號解釋）為例，基本上可以freedom of expression囊括之（世界人權宣言第19條）。依表現之內容及方式，基本上包括言論、講學、著作、出版、集會、遊行、宗教、藝術、學術等自由。此等自由之保障及界限容有不同。憲法規定的精緻程度，仍攸關各該人權觀念的形成與實踐。

判，則不能等閒看待。釋憲者在解釋憲法時，難免受到法律的影響，稍有不慎，亦有可能將法律規定倒轉成為憲法的意旨。

除了條文規範簡略難以迴避的難題外，造成憲法依附於法律的結構性因素主要有二：一是憲法規範與受規範事實的時序關係；二是權利本質問題。

基本權及其相關制度若先於憲法而存在，例如宗教、婚姻、家庭等，於進入憲法保障規範射程之後，其形貌及內容究竟要以「入憲時」的狀態為判斷基準，抑或取決於制憲者意志（如何確定），還是憲法中隱含自身獨立的保障領域與內涵（透過憲法解釋）。以婚姻自由為例，除了一夫一妻與一男一女外，是否尚有其他組合亦屬憲法婚姻自由保障的範圍？此一問題的肯否，攸關現行有關婚姻法律的違憲審查問題。答案如為肯定，則法律禁止重婚或同性婚姻即構成對基本權的限制，需有憲法正當事由，始為合憲；答案若是否定，則是否開多重婚姻或同性婚姻，讓成家多元，屬立法形成自由的範疇。

由上延伸思考，婚姻不僅是一種自由，而且是一種制度，二人或多人自主共居生活，容有未足，尚須國家透過法律、建立制度（給付與保護），明定（公法上及私法上）權利義務關係，並賦予特定之法律效果，始克有濟。此類制度性權利或所謂「需由法律形成之基本權」，不限於婚姻自由，其他如財產權或結社自由等例，亦屬之。不同於婚姻自由，後述之自由權利有部分源於個人與生俱來之能力，例如財產權¹⁵⁰，然其範圍及行使方式仍有賴法律制度的形成與界分，俾以定分（物之所有）止爭（越界侵權），無體財產

150 例如Locke將財產權理解為人之勞力所得，屬於人身體之延伸與混合物。參見JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, Book II, 1690, Chap. V. Of Property, § 28.

權（智慧財產權）的界定尤其必要¹⁵¹。憲法的法律依附性，似所難免。

以上二種爭議與困境，除透過制憲或修憲予以明文規定外，端賴釋憲者的解釋。憲法作為國家最高規範，為避免法律的依附性，須透過解釋構築可供適用的憲法構成要件、阻卻違憲事由與憲法效果體系。此之憲法釋義學的建立，不是法條的詮釋（亦無法條可供詮釋），而是相當程度帶有規範創造性的思想體系建構。憲法保障平等權（不僅是平等原則）的重要性與意義，恰亦在此。

（二）法律的合憲性解釋

法律作為違憲審查的標的，屬於違憲審查三段論式中的小前提，已如前述。法律的違憲審查，旨在審究法律規範意旨的合憲性，須先解釋系爭法律，探求法律的意旨，始能進行憲法涵攝。因此，於法律的違憲審查過程中，法律解釋與憲法解釋同等重要，法律解釋如有差錯或疏誤，法律違憲審查的結果亦必然失準。

法律解釋向來依循文義解釋、體系解釋、目的解釋、歷史解釋等方法，闡釋文義、解構規範語句的文法解構、究明系爭規定在規範整體的體系定位、探求立法當時之規範目的，並演繹系爭法律的客觀規範目的¹⁵²。法律解釋方法的多樣性適足以彰顯法律解釋之不易，立法者透過抽象的語言文字包羅萬端複雜的社會具體事實，組成繁複字句條文，即使經過解釋法律者多方推敲、反覆斟酌，法律意旨未能完全闡明清楚者，所在多有。由於違憲審查的目的是檢視法律意旨是否與憲法規範意旨相符，爰有所謂「法律合憲性解釋」方法的產生與運用。在法律有多種解釋可能性時，釋憲者應選擇合

¹⁵¹ 例如著作權法第30條第1項：「著作財產權，除本法另有規定外，存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年。」

¹⁵² 參見 Christian Starck, Rechtsfortbildung durch das Verfassungsgericht, in: Heun/Starck (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, 2008, S. 15.

於憲法意旨之解釋。在法律違憲審查的制度脈絡下，旨在避免法律被宣告違憲（「拯救」法律免於違憲）¹⁵³。法律的合憲性解釋，細以究之，仍不出法律解釋的範疇，只是多了是否合於憲法意旨的目的思維（在此點上，憲法法院法官與普通法院法官並無不同），故凡透過法律解釋方法採取法律意旨者，尤其是法律目的解釋方法（擴張或限縮之目的性解釋）、法律漏洞填補等¹⁵⁴，皆在其列。反之，法律之「憲法應然」若逾越法律文義與立法意旨，即屬違憲，非得透過法律解釋方法「匡正」之。是以，釋憲機關（大法官）於進行法律合憲性解釋時，須慎防逾越法律文義界線過甚，扭曲法律意旨，侵犯立法者的形成自由，破壞權力分立原則¹⁵⁵。

循上思維，與「拯救式」法律合憲解釋應相區別者，為「修復式」法律合憲解釋，指釋憲機關（大法官）在解釋法律並認定其違憲後，在不侵犯立法形成自由的範圍內，直接進行法律漏洞的填補，使之合憲。二者之差別在於，前者（拯救式）為法律合憲之認定；後者（修復式）則仍應為違憲之宣告，此於法律是否違反平等原則的審查上，尤其常見。法律牴觸平等原則者，固屬違憲。但違反平等原則之法律規定往往無法直接宣告其失效，而需由立法者基於違憲之理由斟酌損益，為合於平等原則之修法¹⁵⁶。惟若受立法者差別對待之類群，本於憲法意旨應享有法律所定之權利者，即得由

153 所謂*favor legis*（友善法律）原則。參見Reinhold Zippelius, *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe 25 Jahre BVerfG*, Bd. II, 1976, S. 108 (110 f.); Andreas Voßkuhle, *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung*, AöR 125 (2000), S. 177 (183).

154 參見Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Studienausgabe, 3. Aufl., 1995, S. 159 ff.

155 參見Karl A. Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, 1986, S. 31 ff.

156 參見司法院釋字第445號解釋翁岳生大法官協同意見書。

釋憲機關（大法官）直接賦予其權利，無待立法者修改法律¹⁵⁷。

（三）法律適用的合憲性

抽象的法律之所以有違憲審查的必要性，乃因法律經解釋適用於具體事實，產生個案拘束效力，甚或進入強制執行，對於人民權利造成實際的侵害。是以，構成人民權利的侵害源，除抽象的法律外，法律的解釋與適用，如行政處分或司法裁判等，亦屬之，且因直接而更有甚之。邏輯上，法律若違憲，則其適用亦違憲，故法律經認定並宣告違憲者，適用該法律之下位規範（含裁判）亦屬違憲¹⁵⁸。反之，法律雖屬合憲，但其適用卻未必合憲。於此涉及法律適用的違憲問題，其對人權的侵害程度不下於法律違憲，法律適用（裁判）違憲審查的重要程度更不亞於法律的違憲審查。法律解釋由各級法院法官職司，法院裁判（尤其法律審法院的裁判）違憲審查制度的建立¹⁵⁹，攸關無漏洞人權保護體系的整全性。

法律制定是立法者從眾多的社會具體事實中抽取出共通性、本質性的特徵，再轉換成抽象的語言文字，化為有組織的法律條文，並以之進行規範與調控社會的過程。法律適用則反其道行之，將抽象的法律文字進行詮釋，解析並具體化法律概念要素，再涵攝到具體的社會事實中，使抽象法律的規範與調控效力還原到社會情境並試圖改變人的行為。在此過程中，法律適用的邏輯是：先解釋法律的意旨（大前提），據以認定具體事實（小前提），再將事實與法律意旨相互比對（涵攝），判斷是否合於構成要件，並擇定何種法律效果（結論）。

157 關於法規違憲審查之宣告模式，參見主題演說，廖義男，憲法解釋與行政法制之發展，本書頁125-130。

158 是否均予廢棄，涉及法安定性的考量，屬另一問題。

159 德國於二次世界大戰之後於憲法法院審判權中注入Urteilverfassungsbeschwerde制度，即是要例。

法官對於法律的解釋，基本上與釋憲機關（大法官）解釋法律並無不同。於案件審理程序中，法官同樣要審查法律的合憲性，必要時，並對法律作合憲解釋，特別是作符合基本權意旨的法律解釋。法官若確信所欲適用之法律違憲，於現制下，得停止審判程序，聲請釋憲機關（大法官）解釋¹⁶⁰。法官若認為所欲適用之法律合憲，即應正確地闡釋法律的意旨（大前提），法律意旨的解釋如有錯誤，且侵害人民受憲法保障之基本權利，則屬違憲之法律解釋，應受憲法審查¹⁶¹。

相對於法律抽象意旨的詮釋，個案具體事實的存否認定，則非屬法律見解，縱有錯誤，亦應由職司事實審的法院審理判斷。不過，法律事實的認定端賴證據，證據取舍復以證據法則為依憑。證據法則性質上為法院的法律見解，如有錯誤，且侵害人民受憲法保障之基本權利，亦應受違憲審查¹⁶²。

至於法律的涵攝過程，基本上屬個案認定問題，尤其在不確定法律概念的適用上，法官享有某種程度的「司法判斷餘地」（民事及刑事裁判尤然）。然則，法律規範與具體個案之間的合致性判斷，並非單純如數學計算公式般的加減乘除，而是帶有濃厚法規範評價的法思維過程。法官應來回於抽象規範與具體事實之間，進行「憲法取向的法律解釋適用」¹⁶³，為洽乎憲法意旨與人權保障的法

160 司法院釋字第371號解釋。參見主題演說，廖義男，憲法解釋與行政法制之發展，本書頁126。

161 例如司法院釋字第399號解釋涉及（舊）姓名條例第6條第1項第6款規定改名要件「命名文字字義粗俗不雅或有特殊原因」的解釋適用，其中「特殊原因」之意旨被實務解釋為「姓名不雅，不能以讀音會意擴大解釋」，屬有違憲法保障人格權意旨之錯誤解釋。此項法律見解雖來自內政部的函釋，但經行政院採用並適用於個案，即屬法院見解。蓋法官不受函釋之拘束。

162 例如司法院釋字第582號解釋涉及「共同被告不利己陳述得為他共同被告罪證」之證明法則是否違憲的問題。此項法院見解因被選為判例而得以經大法官審查而宣告違憲。實則，縱使其非判例，亦應為違憲審查的標的，否則人權保障體系將存有漏洞，且與平等原則有違。

163 例如司法院釋字第656號解釋涉及民法第195條第1項後段規定：「其名譽被侵

律適用，其間若有忽略或漠視憲法保障人民權利的意旨而為機械式法條操作之情形，自應透過裁判違憲審查制度糾正之¹⁶⁴。

（四）憲法的解釋與變遷

民主法治的框架秩序下，憲法規範與司法解釋之間的關係，非一成而不可變。憲政主義之下的憲法作為一種成文之實證規範，一如法律之制定與修正，亦有制憲與修憲之分；職司憲法解釋之司法機關輒因人事更迭而有變動¹⁶⁵，憲法解釋難免因人而異，憲法修改與憲法解釋二者形成一種動態的權力關係。在憲法的解釋與適用之下，憲法規範與憲法現實之間產生關連與交互作用。憲法本體的變遷與法官功能的更易，二者之間呈現彼此消長的關係，動輒關乎憲政主義與人權理念的落實。

應然與實然的交互辯證與印證，顯示憲法文本與憲法實際之間時有落差，甚或乖離，尤其修憲較之修法困難，不經憲定程序修改

害者，並得請求回復名譽之適當處分。」所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉是否違憲的問題。在觀念層次上，回復名譽之適當處分「是否」包括以判決命加害人公開道歉，屬於法律解釋問題（大前提）；至於法院「如何」以判決命加害人公開道歉（包括是否判命、方式、內容等），則屬法官將法律規定涵攝於具體個案的問題。司法院釋字第656號解釋理由書所釋：「侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則」云云，即為法官涵攝過程的合憲性要件。

164 指標性案例——司法院釋字第242號解釋文謂：「……惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所抵觸。」據此解釋，與憲法有所抵觸的是「仍得適用」（機械用法）合憲法律的判決。換言之，法官於衡酌個案情節之下，為顧及人民受憲法保障之權利，「不得適用」民法有關撤銷婚姻之規定。

165 美國最高法院法官為終身職，人事更迭通常決諸人的壽命；相對而言，集中式違憲審查制度（憲法法院）之法官通常有任期，德國聯邦憲法法院法官的任期為12年，年齡上限為68歲。我國大法官的任期為8年，並無年齡上限。

憲法文義的情況下，能否及如何透過解釋補充或擴充憲法的內涵，賦予憲法新意，以因應時代需要，爰有所謂「憲法變遷」概念的提出與討論¹⁶⁶。憲法解釋與形式修憲之間的衝突與緊張關係，在我國憲法修憲近乎不可能的情況下，問題尤其迫切而嚴峻¹⁶⁷，誠可謂「憲法修改之終也，乃憲法變遷之始也」。邏輯上，憲法修改與憲法變遷互不包含，所謂「憲法變遷之終也，乃憲法修改之始也」¹⁶⁸。實際上，憲法規範內容透過詮釋或適用而隱然有修憲之實（默示修憲、實質修憲），憲法解釋的產出不再與憲法文本契合，隨著「有權解釋者」的註解、揮灑，或替換，或汰除，或填充，而與制憲原意漸行漸遠者，已非想像其不存在之事。正面思考：將憲政主義之應然置換成憲法文本之實然¹⁶⁹，得以汰蕪存精於無形。反面懷憂：如何維繫憲法的實證規範效力與法治尊嚴？法解釋作為法學方法及法適用工具的重要性與必要性是否將逐漸式微？為防止（立法、司法、行政）裁量恣意性所設定的憲法界線是否將隨之崩毀？在在是憲政主義無可擺脫的兩難困局。如果法的判斷（司法裁判）逐漸被道德主張或政治決定所取代或等同視之，如果以客觀為導向的憲法解釋逐步讓位給主觀的意識形態或道德光環，選擇性解釋的結果，無異為政治決斷打開轉圜的空間，挪開了法律制約的絆腳石，政治謀略的迴旋無疑也多了些餘地。

166 關於憲法變遷的概念及類型，參見Ernst Wolfgang Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 3 f.

167 情況不變，再過五十年，臺灣可能也會發生「死人之手」的爭議。美國經驗，參見蘇彥圖，憲政民主的死人之手問題——憲法規範權威的初步反省，本書頁135以下。

168 參見Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, Rn. 39.

169 例如憲法前言：「中華民國國民大會受全體國民之付託，依據孫中山先生創立中華民國之遺教，為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利，制定本憲法，頒行全國，永矢咸遵。」其中「孫中山先生創立中華民國之遺教」曾出現在司法院釋字第3、76、175號解釋，後不復見。所謂「遺教」者，僅剩形骸，內涵應已為西方憲政主義之基本原則所取代。

人有死生，就有宗教。宗教曾被形容為人民的鴉片¹⁷⁰或興奮劑¹⁷¹。凡有社會，就有法。法之於社會，是否亦若是？

四、文本與價值的演替消長

憲法規範的直接效力，特別是基本權的直接規範效力，乃至基本權保障及其效力的法實證化，堪稱是一項法文化成就。憲法規範的開放性或框架性格允為憲政主義的常數，亦是憲法作為國家的基本大法的必要特性，卻同時也帶來憲政主義暨人權保障機制的變數，防止違憲審查失控的難度也相對提高。體制改造縱使煥然一新，根深柢固的腐敗惡習不會自然隨之而去，往往成為憲政主義實踐的不可控因素¹⁷²。

20世紀末葉以降，憲政主義的內在變遷悄然上演。憲政主義的編目方式，特別是基本權的內涵，逐漸脫離傳統思維法則，被載入某種公理式價值或意識形態的新興憲法原則如雨後春筍般冒然而出，如女性主義、主流化、道德性，反恐怖主義¹⁷³……等，並躍升成為具有規範性、拘束力的法規則。憲法解釋扮演「價值輸送帶」的角色，如鐘擺效應般，憲法又再度盪回道德主張的基礎，憲律與憲法的概念二分及其界限的論辯復有被重提的態勢。憲法的意旨不只是（或不再是）著之於法律文字，憲法解釋的標的可能逸脫法條，求之於外，以法律條文為基礎的文義解釋與體系解釋，重要性

170 *Karl Marx*, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, 1843/44, S. 1: „Die Religion ist der Seufzer der bedrängten Kreatur, das Gemüt einer herzlosen Welt, wie sie der Geist geistloser Zustände ist. Sie ist das *Opium* des Volks“.

171 唐德剛，三分洋貨·七分傳統，胡適雜憶，頁104（2011年）。

172 隨機性不定因子，法律向有一套控制準則與分擔機制，如*casus fortuitus*或*fur enim semper moram facere videtur*（危險負擔），憲法自身有無危險負擔原則，又如何運作？

173 德國歷史研究者Eberhard Straub指出：911之後，「安全」在西方世界成為如魅影般的價值，逐步蠶食人們的自由、權利、尊嚴，總體經濟化、軍事結盟、武器輸送、形成某種「西方價值體」的通貨膨脹。參見Eberhard Straub, *Zur Tyrannei der Werte*, 2010, passim.

漸失，目的解釋也隨之可以海闊天空、漫無目的。憲法一旦成為價值的競技場，憲法解釋或裁判的結果就端看被挑選進場較技的戰士如何搏鬥或殉道¹⁷⁴，能不投入另一個行為模式、鎖進另一個邏輯思維、陷於另一個偏執泥淖？

法律必然透過文字，於憲法若已非然，憲法將被異化成為某種價值或哲學觀、世界觀……的載體。誠然，語言文字從來就不是一套無色無味的符號，以文字寫成或表達的法律或憲法自然會承載特定的價值或意向。只是經由（少數）憲法法官解釋之下的憲法，包藏的究竟是誰的價值？社會普遍接受的價值（普世價值）、超越民主、不受民主洗禮的價值，還是因時、因地、因人而不同的價值，必須訴諸民主的價值？憲法法官是「發現」憲法的價值，還是「給定」憲法的價值？法制定或法適用的合憲性控制，基本上旨在檢視法律及其適用是否與憲法意旨合致或相悖。於今檢視法制定或法適用是否符合普羅大眾的需求（憲法文本之外的民之所欲），或者呼應特定族群的規範意識。從憲法不再是所載的文字一刻開始，即已為嚴格意義的憲法時刻敲下喪響。人們不會在意憲法裡寫些什麼，不會投以目光在法條的文字，不會勞神費心推敲法條的意涵，「傾聽人民的聲音」意味的可能是憲法沒寫的反面比較重要¹⁷⁵！

憲法染上道德的色彩的正向意義是，對於公權力的拘束準據的提高（對於政治人物或政府官員責以高道德標準）；負面的效應則是課予人民高於法律的道德標準（「法律是道德的最低標準」原則不在），合憲性控制異化為道德控制，法官不問大¹⁷⁶小¹⁷⁷，都有可

174 美國最高法院法官的出身、偏好、意識形態等背景的研究成為憲法的一項顯學，原因不難想像。

175 參見García Amado (Fn. 91), S. 682 f.

176 顯例之一——LGBT管制的法律課題，司法院釋字第617號解釋的原因案件：晶晶書店經營者因陳列以透明塑膠膜密封之成人漫畫，經警察以臨檢名義查扣，並移送地檢署提起公訴，嗣經臺灣南投地方法院及臺灣高等法院臺中分院以刑法第235條第1項「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像

能從憲法維護者變身為道德守護者，無形中創造出「有疑，惟德」（*in dubio pro moralis*）的原則。憲法具有規範效力，若因「道德正確」之故，則井然有序的法位階秩序與嚴整建構的人權保障體系，在民粹不斷的撞擊下隨時有轟然倒塌的可能。

所謂「質勝於文則野，文勝於質則史」，憲政主義與人權理論如何能夠「文質彬彬」？一如「浮雲與時鐘」的比喻¹⁷⁸，人類的行

或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下 有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金」之規定判處拘役50日確定。晶晶書店經營者以刑法第235條第1項違憲，聲請釋憲。本案重點實非刑法第235條第1項規定之違憲性問題，而是法官如何解釋適用「猥褻」之概念。本號解釋理由謂：「『猥褻』雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。」將「道德感情」納入「猥褻」概念認定的要素，而不問散布、播送或販賣之「方式」（例如以密封方式），無異於把法律「道德化」。

177 顯例之二——（舊）國籍法第3條第1項第3款所定外國人歸化要件之一「品行端正，無犯罪紀錄」的解釋適用問題。實務上，內政部曾將受歸化者有「婚外情」但未獲判有罪之情事，解為得撤銷歸化之事由，並為行政法院法官所肯認。參見臺北高等行政法院102年度訴字第1339號判決。上述規定現已改為「無不良素行，且無警察刑事紀錄證明之刑事案件紀錄」。立法理由：「原第三條第一項第三款規定，外國人或無國籍人申請歸化，須『品行端正，無犯罪紀錄』，但『品行端正』，文義過於寬泛，難以確認其具體內容，適用易滋疑義。至『無犯罪紀錄』，亦範圍過廣，對於微罪與犯罪經歷時間已久等情形，均未周全考量，爰修正為『無不良素行，且無警察刑事紀錄證明之刑事案件紀錄』，並為使『無不良素行』之認定，得以公開、公平、專業，增訂『前項第三款所定無不良素行，其認定、邀集專家學者及社會公正人士研議程序、定期檢討機制及其他應遵行事項之辦法，由內政部定之。』期能使第三款所定『無不良素行』之認定，合於法制。」

178 1965年，Karl R. Popper以〈浮雲與時鐘〉（Of Cloud and Clock, Über Wolken und Uhren）為題，在Compton講座上發表演說，用雲與鐘為譬喻，詮釋真實世界的兩種現象。位居一端的是，混亂、無規律、無秩序、不可測的現象，一如幻化萬千、變動不拘的浮雲；相對的另一端是，規律、準確、有秩序、可預測、一成不變的現象，如同鐘擺一般的精準。宇宙萬物皆可在光譜二端之間尋找定位，前者如蚊蚋蟻蟲之聚；後者如太陽系之運行。一般來說，相信宇宙現象如同時鐘運行的人，認為宇宙萬物的變化皆可預測，就算存有不確定性，只是未經探究的一時現象，終有撥雲見日、定律如鐘的一天；反之，相信一切如浮雲，無一可得預測，終究是一場空夢的人，應該會墮入純

為既非一成不變，亦非變幻莫測，而是兩方遊移，來回擺盪，重要的是人要保有人之為人的自主性，每一個決定、每一種說法，都必須理性思維、充分論證。唯有如此，人類才有意志自由，有運用思考能力的必要，也才有成為自由人的可能。

肆、合說：憲政與人權法學的方法課題

宇宙萬物變動不居，世間一切如幻似影。人若不欲單憑感受，滿足於小確幸，唯有仰賴思考與智性，加上運用的勇氣，方能認識真實，走出蒙昧¹⁷⁹。憲政主義與人權理念從發端到實踐，除了靠革命抗爭、破舊立新外，端恃政治思想暨法律哲學的理性思維與法律（憲法）制度的客觀秩序¹⁸⁰。後者之所由成，復需有體系嚴謹、說理縝密、立論一貫的憲政與人權法學知識系統與法學思考方法。民主法治需要運用智慧、啟動思考、形成知識、訴諸說理。捨此，別無他途。少數人或多數人的反智或反法治動作，只會使憲政主義與人權理念徒托空言，後果卻要由社會全體承受。

一、觀念與概念的契闊離合

學術研究通常以概念為思考單位，將意義提煉為抽象概念的過程，建構起嚴密整全的思維體系與意義整體，法學亦然。法學的問題提出、議題設定、爭點歸整與觀點論述，由概念所構成；概念由語言組成，透過語言表達概念的意涵。被使用的語言，其原本意義與語言使用者所賦予的意涵是否等同，時有爭論¹⁸¹。若干語詞隨著

屬偶然、虛無的境地。參見KARL R. POPPER, OF CLOUDS AND CLOCKS: AN APPROACH THE PROBLEM OF RATIONALITY AND THE FREEDOM OF MAN 206-55 (1973).

179 參見Immanuel Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, 1783.

180 參見「壹、一、二」。

181 關於語言與意涵的辯證關係，參見Kazimierz Ajdukiewicz, Sprache und Sinn,

時間的流轉推移，被替換或增添不同於原本的意義，馴至語言或概念的用詞與思維表裡不一者，所在多有。例如古之自由與今之自由，意趣相異¹⁸²，誠如莊子之譬喻：「夫迹，履之所出，而迹豈履哉？」觀念與概念的離合、現實圖像與概念圖像的契闊，時時影響著人的認知世界與思維判斷¹⁸³。

規範社會之法律與研究規範之法學，離不開語言文字，法律或法學概念承載人的思想，尤其法治思維與人權理念。諸如民主、平等、自由，還有各種的正義觀，像是分配正義、居住正義，乃至於轉型正義等法概念的生成與運用，聚合特定的政經社文問題與體制興革取向於文字，借由形式的語言，呼應實質的主題，幫助人們掌握思維脈動，建立思辯平台，拓展思想腹地。隨著時空或地域、歷史遺緒或現實環境等因素，法學概念與論題證立之間總是存在著思維斷裂與不確定之脆弱性。觀念與概念的交界與游移時而可能反向侷限人的思維，束縛觀照問題的視野。自由與平等的義蘊溢於言

Erkenntnis IV (1934), S. 100 (100-138); Kazimierz Ajdukiewicz, Die wissenschaftliche Weltperspektive, Erkenntnis V (1935), S. 22 (23 ff.)。後文開宗明義指出：「透過語言表述內含之意義，乃立定了某些準則，而當肯定及駁斥由此等表述所組成之語句時，即應根據這些準則，方不致斷損語言表述之意義。(Durch den Sinn, den die Ausdrücke in einer Sprache besitzen, sind aber gewisse Kriterien festgesetzt, nach welchen man sich bei dem Anerkennen und Verwerfen der Sätze, die aus diesen Ausdrücken bestehen, richten muß, wenn man diesen Sinn nicht verletzen soll. Diese Kriterien wollen wir Sinnregeln der Sprache nennen.)」

182 自，由也，自由二字，見諸古詩，撫拾例舉：「閒忙皆是自由身」(唐·司空圖)、「泛然而不有，進退得自由」(唐·白居易)、「醉來贏得自由身」(南宋·張元年)、「孤雲野鶴自由身」(宋·慈受懷深)等。推究其意，多為不受俗事羈絆之抒情，或寄情山水、醉鄉之灑脫，與人生而自由，與先於國家而存在、國家不得任意侵犯之人權，殊異其趣。

183 此亦為源於20世紀初期的維也納學派及其後分析哲學的主要主張之一，認為語言的表面具有隱藏的邏輯結構，故講求語言邏輯分析的方法論，透過語言的分析，避免被語言的表面而誤導或陷入語言的閉障。分析哲學的基本觀念，參見Ansgar Beckermann, Einleitung, in: Prechtl (Hrsg.), Grundbegriffe der analytischen Philosophie, 2004, S. 1 (3 ff.)。

表，前已申論¹⁸⁴；程序與實體之分難謂截然，程序法非實體法之死侍，闡述如上¹⁸⁵；原則與權利兩組概念載負了相對的客觀與主觀，二者的流動關係重點不在概念本身，而是概念背後的觀念啟蒙與進化¹⁸⁶。正如轉型正義是民主轉型國家必須面對處理的嚴峻法治課題，但轉型正義一詞未必讓人知曉問題之所在；反之，未使用轉型正義一詞，所論所涉直搗轉型正義問題核心者，所在亦多¹⁸⁷。嚴肅看待實質，認真思維，不為形式所惑，應是憲政與人權法學思維的基本課題。

二、形式與實質的類分辨正

「天下事物各有類分」，法學領域無由例外。法字，古已有之，除規範的意涵外，亦有「師法」（學習）之意，道德經：「人法地，地法天，天法道，道法自然」，法之一字二意¹⁸⁸，即為適例，足徵同語異義，殊所難免，法學上爰有定義再加界定之習慣與必要。形式與實質之分，尤其常見，此不僅是意涵的辨分，同時也是憲政與人權的根柢論題。

形式意義與實質意義之法律，學理上常見之二分，法學緒論第一課，前者指立法機關依憲法與法律規定程序制定之法律；後者指所有具一般性、抽象性之法規範。然因非一般性、抽象性規範之「措施性法律」（法定預算）概念之存在與提出¹⁸⁹，形式與實質之概念二分即面臨挑戰，爰另有「純粹」形式或「純粹」實質意義法律

184 參見「貳、一」。

185 參見「參、一」。

186 參見「參、二」。

187 被問及何謂「轉型正義」，答以實現社會公平正義，與認為以「轉型正義」為題之論述方為研究轉型正義課題，同樣無知荒謬。

188 「道法自然」有二解：「道，法自然」或「道法，自然」。前者，「法」為動詞，傳達道「師法」自然之意；後者，「法」為名詞，指道為一種「法」，即自然也。

189 參見司法院釋字第391號解釋。

之再分，以資區隔。

形式意義與實質意義之法治國（原則），為公法學慣有之區分，此非僅是概念的區分，同時有其歷史發展的縱深，大抵承自歐陸（特別是德國）的憲政發展脈絡。簡化的說，前者主要指干預行政需有形式法律之依據或基礎，至於法律是否是否抵觸憲法，在所不問；後者則進一步要求法律與憲法的合致性。然則，法律合憲與否，面向有二：一是法律或憲法是否合於憲法所定之正當程序¹⁹⁰與權限要件；二是法律是否抵觸憲法原則，如平等原則或比例原則。前者之情形，嚴格而言，仍屬（廣義）形式之法治國原則。遑論法律若違反權力分立原則，究屬形式違憲或實體違憲，恐怕一時也說不清楚，但又何妨？

實以究之，形式與實質之分不僅是相對的概念區分，且只是一種描述性修飾語詞，非規範性之法律概念，由此無法亦不能推導出規範之應然。憲政主義的理論與實踐，有形式與實質兩面，有程序法與實體法兩端，各有所重，不可偏廢一方，實質不能凌駕或忽略形式。只談憲法原則，不問成文與否或忽略成文法旨，容易使憲政主義流於主觀恣意，破壞法治。形式與實質原則之間應無位階次序關係，如何權衡應視個案情節而定¹⁹¹，非有放諸四海的通則，尤其不宜有實質必然高過形式的斷言或誡命，否則實質目的將可正當化形式手段。當目的可以正當手段時，民主法治將無立錐之地！

三、比較與區辨的思維方法

憲政主義與人權理論的基本論題，如自由與平等之分，防禦與保護之別，程序與實體之異，原則與權利之辨，形式與實質之殊，

190 參見司法院釋字第342、499號解釋。

191 或所謂之「最佳化要求」(Optimierungsgebot)。參見Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 75 ff.

無非透過比較之法，趨其同、辨其異，析繹觀點，議論辯證，形成法律見解。所謂「研究探索之道在於比較」¹⁹²，其理在此。康德「比較辨分、異中求同、抽象結晶」的概念形成三階段認識論，脫胎於此，影響所及，法學研究與法理探索也不出類分推理與比況較真的思辨方法。古之所謂格物致知、窮究事理，不外辨分比較，意同理通，比較法允為法學的基本思維方法。

法之比較，旨在對不同法秩序的法規則、法制度與法實務進行解析、歸納、評價、演繹，提煉出新的概念、規則與體系。比較之目的、客體及範圍不同，方法各異¹⁹³，概之有五：制度比較或體系比較：不同法規則所形成之法體系或法制度的比較；概念比較：不同法體系或法制度內涵之概念的比較；學說比較：不同學說見解或法學理論的比較；實務比較：不同法律實務見解的比較；文化比較：不同法文化的比較。各種層面的比較交互連結，可構成一套法學知識系統。憲政法治具有受歷史遺緒因素左右、社政經文現實制約的特質，憲政主義與人權理論的發展受時空因素影響甚鉅，各國社政背景與法治進程容有不同，憲政與人權法學的比較視角需有空間與時間的縱深，必要時，還須進行「異時性」的斜向比較。

比較法於法學研究、法律制定、法院裁判、依法行政，皆有所用，無分法系與領域。尤以司法權本身即具有比較辨異的權力特質，不僅實然可見，且為憲法原則規範上之所應然。英美普通法之運作方式即是比較異同，案例法的累積與運作憑藉案例比較，辨異

192 *Comparativa est omnis investigatio*，源於15世紀Nicolai de Cusa神學與哲學理論，推而廣之成為所有科學研究的通理，同時否認人類對「無限與絕對」的認識能力，即所謂「有限與無限之間不存在比例關係（*Finiti et infiniti nulla proportio*）」。參見Nicolai de Cusa, *De docta ignorantia*, Liber primus, Lateinisch-Deutsch, 3. Aufl., 1979, S. 6.

193 參見Christian Starck, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, JZ 1997, S. 1021 (1026 f.).

而後趨同¹⁹⁴。由此衍生之所謂尊重判決先例原則¹⁹⁵，係建立在平等原則的基礎上，案情相同且有先例者，即應為同等之裁判（同者等之）；案情若有差異，則應為有別於先例之裁判（不同者不等之）。運用之法，唯賴比較。

從法位階體系與法適用路徑以言，判決先例的生成與確立尚且受到法律體系之影響。法官依據法律獨立審判，受法律的拘束¹⁹⁶，法官於解釋適用法律時，不受另一法院法官解釋適用同一法律（法律見解）的拘束。於此情況下，判決先例之產生必須透過審級制度，由職司法律審之終審法院將特定具原則重要性之法律見解予以統一，形成同一法院體系適用法律之共通準據¹⁹⁷。較為特殊的是法律的違憲審查，某一法律經憲法法院（大法官）審查而認定合憲者，包含理由在內之憲法解釋理應對憲法法院（大法官）自身有拘束力。然法律是否違憲的憲法解釋，與釋憲者是否具備充分的憲法知識與人權理念互有關聯，加上法律規範的社會事實變動不居，比較與區辨的思維方法於憲法解釋尤其重要。必要時，憲法法院（大法官）應摒棄前例，為補充或變更解釋意旨之解釋。法治的真諦是理性客觀，法治維護者之法官須透過嚴縝的邏輯分析與合於經驗法則的事實認定，於裁判中提出客觀且可檢證的說理，方能避免受教育背景、意識形態、情緒感覺、輿論壓力的左右，而使法治淪為人治¹⁹⁸。

194 即Distinguishing之謂。法官於判決前必須先自問，系爭案件與先前諸案的事實是否「類似」（sufficiently similar），唯當系爭案件與前案的「主要事實」（material facts）相同，方能適用前案建立的法則；如有不同，法官應將之distinguish而出，並適用不同法則。而決定差異之所在，則是前案所根基之一般法則，謂之*ratio decidendi*。參見KATE MALLESON, THE LEGAL SYSTEM 67 (3d ed. 2007).

195 *Stare decisis et non quieta movere*.

196 憲法第80條、司法院釋字第371號解釋。

197 德國實務上通常稱此為最高審判機關之「原則性裁判」（Grundsatzentscheidung），下級法院裁判抵觸原則性裁判者，得為上訴法律審之理由。

198 法官非神，判決受到教育背景、意識形態、情緒感覺、輿論壓力的左右，時

伍、見微知類：形式與實質平等的語辨

觀念與語言相互為用、彼此制約，於法尤然。憲法平等原則有形式與實質概念二分與用語辨異，迭有論爭，恰為適例，以下試論。

一、爭議緣起與問題焦點設定

法律是否平等？立法者是否受到平等原則的拘束？如何審查法律的平等性？向來是憲法學理及釋憲實務的一大難題，學界與實務經常發展出各式概念與審查公式，以資運用。臺灣學界常見「形式平等」與「實質平等」概念的區分與討論，即是一例。復因司法院大法官於解釋中經常使用「實質平等」一詞而引發爭議，成為臺灣探討憲法平等原則的代表性課題之一。

形式平等與實質平等的辨析，表面上是憲法原則表述方式的詞源探索與概念語彙使用的正誤之辯，實則牽涉對平等保護課題不同維次的憲法認知，且關乎平等原則的具體內涵與實踐課題，更與立法司法兩權的功能定位與分際密切相關，同時兼及比較憲法及法學方法上若干基本觀念的辨正，值得研精究微，或能藉此「見微以知萌，見端以知末」。

「法律之前，人人平等」簡單語句的背後蘊藏複雜的正義理念的實踐難題¹⁹⁹。務實以論，憲法上平等原則之所以複雜，在於其旨在規範世俗政體暨政治權力的法則（法之平等），無可避免地與國家權力相互對應。國家權力分殊多元，平等制約的程度與面向自有不同。循此問題意識，以下將探討重點集中在立法的平等課題，包

所難免，但此一事實為吾人所應避免及克服的課題，而非順其自然，或以此為常。

199 參見 *Stefan Huster, Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, 1993, S. 29 ff.

括行政立法在內，不及於行政具體行為²⁰⁰；司法與平等之關係亦僅側重於司法如何控制立法。至於司法權本身之平等問題²⁰¹，則不論列，先此指明。

以下先從實質平等與形式平等的語辨出發，以司法院大法官歷來重要解釋為素材，勾勒當前臺灣探討平等問題的主要爭點；其次，嘗試從語言使用、概念意涵、思維方法、實質問題等多重角度，解構環繞在實質平等與形式平等用語概念之問題層次與論證構造，俾以準確掌握癥結之所在；繼之，尋究概念語詞根源，進行德國與美國的憲法比較，嘗試找出問題糾葛之所由，進而指出當前學說的盲點，破除語言概念的「假性問題」；最後，點出平等保護的核心問題與理論困境，期能為平等課題打開全新的開展局面與討論起點。

二、實務見解與商榷觀點整理

形式平等與實質平等的概念區分與思維理路，常見國內公法學界討論，細微闡論者不多，有待補充。以下先整理實務見解與商榷觀點，並提列思考的問題。

（一）實務見解

司法院大法官有關平等權或平等原則之解釋，對於平等的定義、內涵詮釋及用語，遞有演替，舉其要者（參見附錄一：司法院大法官平等原則的用語與闡釋）：

200 行政程序法第6條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」其中「行政行為」包含抽象與具體二端。

201 司法權本身的平等問題，指法院解釋適用法律，應遵守平等原則，力求法律見解之一貫性，不得恣意變更。參見Christoph Gusy, Der Gleichheitssatz, NJW 1988, S. 2505 (2511 f.).

1. 司法院釋字第179號解釋（1983年2月25日）²⁰²

解釋理由書：

次按憲法第七條所稱中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定。

2. 司法院釋字第205號解釋（1986年5月23日）²⁰³

解釋理由書：

按中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，其為因應事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項，依法酌為適當之限制，要難謂與上述平等原則有何違背。

3. 司法院釋字第211號解釋（1986年12月5日）²⁰⁴

解釋文：

憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。

202 解釋爭點：律師代理之案件，未命補繳裁判費逕駁回違憲？

203 解釋爭點：退除役軍人轉任公職考試之分發規定違憲？

204 解釋爭點：海關緝私條例有關聲明異議須繳保證金或提供擔保之規定，是否合憲？本號解釋應是大法官解釋中首次出現「實質平等」的概念用語，指的是「法律上地位」的實質平等，與「事實上之差異」概念相對立。

4. 司法院釋字第596號解釋（2005年5月13日）²⁰⁵

解釋文：

憲法第七條規定，中華民國人民在法律上一律平等，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等；立法機關基於憲法上價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之差別待遇。

5. 司法院釋字第649號解釋（2008年10月31日）²⁰⁶

解釋理由書：

查視障非屬人力所得控制之生理狀態，系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，本應予以尊重，惟仍須該規定所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。按憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第一百五十五條後段規定：『人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。』以及憲法增修條文第十條第七項規定：『國家對於身心障礙者之保險與就

205 解釋爭點：勞基法未禁退休金請求權讓與、抵銷、扣押或供擔保，違憲？

206 解釋爭點：身心障礙者保護法按摩業專由視障者從事之規定違憲？

醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。』顯已揭櫫扶助弱勢之原則。職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨²⁰⁷。

6. 司法院釋字第666號解釋（2009年11月6日）²⁰⁸

解釋理由書：

憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。

.....

按性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而系爭規定明文禁止性交易行為，則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇，系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付

207 本解釋為大法官首度使用「優惠性差別待遇」一詞。

208 解釋爭點：社會秩序維護法第80條第1項第1款意圖得利與人姦宿處罰緩規定違憲？

對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致。再者，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。

綜上觀之，概括以言，大法官歷來有關平等權或平等原則之解釋，主要係以憲法第7條作為違憲審查之憲法準據。其中兼而提及憲法增修條文第10條基本國策²⁰⁹規定，然旨在補強詮釋限制基本權之「公共利益」，而非系爭法律構成違憲之直接憑據。在關於憲法第7條規範意旨闡釋之用詞上，初則僅稱「非不許法律……為合理之不同規定」，繼之則指出「實質上之平等」、「法律上地位之實質平等」的觀念，再者強調「非指絕對、機械之形式上平等」暨「立法機關基於憲法上價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之差別待遇」的立法指示，以迄「須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違」的憲法誡命。其中「形式」、「實質」、「合理」等形容詞交錯使用，意涵未臻精詳一致，引致大法官之間與憲法學界間的論辯，成為憲法平等課題上特有的「臺灣問題」。

209 憲法增修條文未如憲法本文分章規定，並設有「基本國策」專章（第13章）。惟觀憲法增修條文之內容，第10條之規範屬性可歸類為「基本國策」，其餘分屬國家組織（第1條至第9條）、修憲程序（第12條）及兩岸特別規定（第11條）。

(二) 商榷意見

「形式平等」與「實質平等」用語之辯，緣於司法院釋字第571號解釋林子儀大法官協同意見書。林大法官於意見書內文的【註六】力陳歷來司法院使用的「實質平等」用語，僅相當於「等者等之，不等者不等之」的形式平等²¹⁰。於憲法學界有黃昭元教授為文呼應此項見解，並作進一步闡釋，構成臺灣學界探討平等問題的基本前提問題之一。以下先簡述各該見解，作為後續剖析論證的基礎。

1. 協同意見

2004年1月3日公布之司法院釋字第571號解釋的爭點是：內政部就921大地震災區慰助金發放對象準據所為之函釋是否違憲²¹¹？多數意見認為：上開函釋與憲法第7條規定無違，亦不生違反憲法第23條之問題²¹²。解釋附有林子儀大法官提出協同意見書，其中

210 臺灣凡討論「形式平等」與「實質平等」之概念及用語區辨問題，言必引用林大法官之【註六】。此一註解受重視之程度，殆可媲美美國最高法院大法官Harlan F. Stone於United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)一案判決的“Footnote 4”（「註解4」）。

211 臺灣於1999年9月21日發生強烈地震，為實施緊急之災害救助、災民安置及災後重建，總統於同年9月25日依憲法增修條文第2條第3項規定，發布緊急命令（925緊急命令）。行政院為執行該緊急命令，訂定「中華民國八十八年九月二十五日緊急命令執行要點」（以下簡稱執行要點）。該緊急命令第1點及執行要點第3點第1項第4款規定目的之一，在對受災戶提供緊急之慰助。內政部為其執行機關之一，基於職權發布八十八年九月三十日台（八八）內社字第八八八五四六五號、八十八年十月一日台（八八）內社字第八八八二二三三九號及八十八年十月三十日台（八八）內社字第八八八五七一號函（系爭函釋），對於921大地震災區住屋全倒、半倒者，發給慰助金之對象，以設籍、實際居住於受災屋與否作為判斷依據，並設定申請慰助金之相當期限，其是否抵觸925緊急命令及執行要點而構成違憲，發生爭議。

212 司法院釋字第571號之解釋文謂：系爭函釋「旨在實現前開緊急命令及執行要點規定之目的，並未逾越其範圍。且上述設限係基於實施災害救助、慰問之事物本質，就受非常災害之人民生存照護之緊急必要，與非實際居住於受災屋之人民，尚無提供緊急救助之必要者，作合理之差別對待，已兼顧震災急難救助之目的達成，手段亦屬合理，與憲法第七條規定無違。又上開函釋旨

【註六】對於司法院大法官使用「形式平等」與「實質平等」用語的商榷如下：

……本院解釋襲用已久之「形式平等」(formal equality)與「實質平等」(substantive equality)用語，係以「是否允許差別待遇存在」而為區分。其中本院所稱之「絕對、機械形式平等」，意指「不容許任何差別待遇」，亦即要求絕對的相同待遇；至於本院所稱之「法律地位之實質平等」則指「容許差別待遇」，亦即「容許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定」(釋字第一七九號解釋理由書參照)。換言之，本院習稱之「實質平等」，其與「等者等之，不等者不等之」(People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly.)平等公式思考如出一轍。此亦為美國、德國、日本等國法院在實際解釋適用憲法所保障的平等權時所運用的公式，然而單憑「等者等之，不等者不等之」公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，「等者等之」公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂「實質平等」之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種「形式平等」。相關批評請參見例如黃昭元，(「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性)，《台灣本土法學雜誌》，第六期，頁24-25（2000/1）。實質

在提供災害之緊急慰助，並非就人民財產權加以限制，故亦不生違反憲法第二十三條之問題。」

平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念，然而其具體內容學說理論爭議已久，尚難有共識。請參見例如MICHEL ROSENFELD, *AFFIRMATIVE ACTION & JUSTICE: A PHILOSOPHICAL & CONSTITUTIONAL INQUIRY* 13 ff. (Yale University Press, 1991)。又，我國憲法增修條文第十條第六項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」是我國憲法明文使用「實質平等」一詞之憲法規定，而該條所規定之「實質平等」，絕非僅追求「法律上合理差別待遇」，而是關切兩性「社會地位」的「平等」，故而亦不宜再援用「實質平等」一詞，來描述「等者等之，不等者不等之」之合理差別待遇之概念。……（粗體字為作者所強調）

2. 學說意見

林大法官協同意見書【註六】引用黃昭元教授〈「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性〉一文²¹³，顯示在此之前已有學者對於大法官使用「實質平等」一詞提出質疑。2008年10月31日，司法院釋字第649號解釋公布，本案涉及2001年11月21日修正公布之身心障礙者保護法第37條第1項前段規定²¹⁴：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」是否牴觸憲法之爭議，多數意見認為上開規定「與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符」，並宣告「應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力」²¹⁵。解釋公布後，各界反應不一，同時引發平等原則如何操作

213 黃昭元，「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性——司法院釋字第四八五號解釋評析，台灣本土法學雜誌，6期，頁24-25（2000年）。

214 本法名稱於2007年7月11日修公布為身心障礙者權益保障法。上開規定之「非本法所稱視覺障礙者」，經修正為「非視覺功能障礙者」，並移列為第46條第1項前段，規定意旨相同。

215 2011年2月1日身心障礙者權益保障法第46條修正公布如下：「非視覺功能障礙

的討論。2009年2月，黃昭元教授發表〈平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第649號解釋談起〉一文（以下簡稱「黃文」）²¹⁶，詳析平等原則的案例類型與審查方式，並兼及「形式平等」與「實質平等」的概念與用語問題，節要引述如下：

雖然我國大法官解釋，和多數學說都自認對於平等是採取「實質平等」觀，但如林子儀大法官在釋字第571號解釋協同意見書中所指出者：我國實務及多數學說見解其實是先將「形式平等」窄化理解為「等者等之」或「不合理差別待遇之禁止」，再以「實質平等」去指稱「不等者不等之」或「合理差別待遇之容許」。上述兩者不過是同一套「形式、空洞且同義反覆的說法」之一體兩面，本身都欠缺實質的價值指引或內涵，也無從據以決定系爭事物是否屬於類似事物，而應為如何之類似處理。在比較憲法上，如和美國、加拿大等國憲法裁判或學說所稱之「實質平等」相比，我國實務及多數學說所稱之「實質平等」（不等者不等之）仍然只是「形式平等」觀的一環而已²¹⁷。

本號解釋直接以憲法第7條平等權作為審理系爭優惠性差別待遇立法的規範依據，顯然認為憲法第7條平等權保障的內涵並不限於消除歧視的「形式平等」，而也包括積極

者，不得從事按摩業。各級勞工主管機關為協助視覺功能障礙者從事按摩及理療按摩工作，應自行或結合民間資源，輔導提升其專業技能、經營管理能力，並補助其營運所需相關費用。前項輔導及補助對象、方式及其他應遵行事項之辦法，由中央勞工主管機關定之。醫療機構得僱用視覺功能障礙者於特定場所從事非醫療按摩工作。醫療機構、車站、民用航空站、公園營運者及政府機關（構），不得提供場所供非視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩工作。其提供場地供視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩工作者應予優惠。第一項規定於中華民國一百年十月三十一日失其效力。」

216 黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第649號解釋談起，法學新論，7期，頁17-39（2009年）。

217 黃昭元（註216），頁23-24。

保障弱勢的「實質平等」觀。其規範內涵已包括對優惠性差別待遇手段之授權，而不限於消極的消除歧視的歧視斷而已。又視障屬於所謂事實不平等，而非法律不平等。系爭身心障礙者保護法之所以保障視障者從事按摩業的獨占性權利，其規範目的及效果顯然包括事實平等的追求，而不僅限於所謂的法律平等²¹⁸。

雖然本號解釋對於實質平等的內涵沒有深入、正面闡釋，但以實際適用而言，本號解釋卻可能是到目前為止，大法官有關『實質平等』意涵及範圍的最重要一號解釋，值得特別注意²¹⁹。（粗體字為作者所強調）

（三）觀點比較

林大法官協同意見書與黃文均以「形式平等」（formal equality）與「實質平等」（substantive equality）兩組概念為基礎，分析探討大法官有關平等審查之憲法解釋，認為大法官習用的「等者等之，不等者不等之」公式，實為一種「形式平等」，而非習稱之「實質平等」，為其共同之處。逐細較之，二文有以下些微差異：

1. 從「不宜再援用『實質平等』一詞，來描述『等者等之，不等者不等之』之合理差別待遇之概念」等語可知，林大法官著重於「概念語詞」之使用問題，並藉此凸顯出「等者等之」公式無法進行特定實質價值判斷之問題。換言之，林大法官主張應將「等者等之，不等者不等之」稱為「形式平等」，「實質平等」一語則應指涉特定的價值判斷問題（例如：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不

218 黃昭元（註216），頁34-35。

219 黃昭元（註216），頁35。

同)？又何謂相同待遇(或差別待遇)？)。反觀黃文的基本出發點似乎不在「用語」，而是「觀念」。從文章起始提及平等權與自由權競合案件之所以有審查方式源自於「形式平等」與「實質平等」觀(conception)²²⁰，以及行文一再使用「形式平等」觀與「實質平等」觀，顯示黃文將「形式平等」與「實質平等」各自等同於(或限定在)某一種「觀念」，也因此黃文並未訴求「正名」，而是強調大法官欠缺實質平等「觀」。此其一。

2. 林大法官協同意見書【註六】旨在詮釋憲法第7條平等權之保障意旨，涉及如何審查平等權之問題(正文主張應採取寬鬆之合理審查標準)；反觀黃文以「平等權與自由權競合案件之審查」設題，核心問題是：法院如何審查同時侵害平等權與自由權之案件，故其所謂之「審查方式」，係將自由權之審查納入考量，二者之間題設定不同。此其二。

3. 林大法官協同意見書【註六】係針對大法官襲用之「等者等之，不等者不等之」公式而發，並未將「等者等之」與「不等者不等之」區分成兩套公式；反觀黃文分析大法官解釋之餘，兼及國內學說，並謂「我國實務及多數學說所稱之『實質平等』(不等者不等之)」，再指摘其「仍然只是『形式平等』觀的一環而已」，似乎把「等者等之」與「不等者不等之」理解為兩組概念，分別對應(我國實務及多數學說所稱)「形式平等」與「實質平等」。此其三。

4. 林大法官協同意見書【註六】的主軸是「形式平等」與「實質平等」的區辨；反觀黃文在此之外，另論及「法律平等」、「事實平等」、「優惠性差別待遇」等概念與問題。其間差別固然出於所涉釋憲案件之不同²²¹，實則涉及對於「實質平等」用語或觀念

220 黃昭元(註216)，頁18。

221 黃文稱司法院釋字第649號解釋為我國大法官針對優惠性差別待遇所為之第一

之所謂「價值」的理解（容後詳論）。此其四。

三、形式與實質問題層次解構

從上述商榷見解的比較觀察，可知「形式平等」與「實質平等」用語與觀念的釐清，攸關憲法第7條平等保障規範意旨的理解，以及憲法解釋方法的掌握及違憲審查的操作與論證模式，事涉語言（中文、外文）、概念、觀念、規範、價值等多種不同層面的問題。為清楚思考起見，以下先試著解構問題層次，以明癥結所在。

（一）概念意涵與概念稱語

1. 「等者等之」的概念意涵與稱語

形式或實質平等的用語辨異，觀念上首要澄清的是，等者等之的「命題」或「公式」是否等於形式平等之「概念用語」？也就是，「等者等之」（公式）＝「形式平等」（用語）？此一提問蘊含兩種不同層次的問題：

1) 「等者等之」的意涵與評價

「等者等之」是平等原則的評價觀念（正義觀）與操作主張之一²²²。既是一種正義觀，便有贊同與否及如何操作的問題。在思維邏輯上，必先贊同此項正義觀（當然可以反對），爾後再來討論如何「表述」。也因此，論者應先表述是否贊同或反對（或主張等者「不應」等之，不等者「不應」不等之！）²²³；其次，論者若贊同此一觀點，尚須進一步說明「如何」操作此一公式。單純贊同公

號解釋（黃昭元（註216），頁35）。

²²² 源於亞里斯多德的正義觀之一，參見「貳、一、（二）」。

²²³ 論者如果反對「等者等之」公式，則「如何表述」的問題，即無關宏旨。反之，若將反對「等者等之」公式夾藏在「如何表述」的問題討論中，則有錯置問題之嫌。

式，無操作之法，只是空言立說，且無異倒持干戈，授反對者以柄，己身反受其害。至於反對此一觀點者，更應提出實質的理由說明，而非泛指此一公式的「形式性」，否則同樣患有形式之病。

2) 「等者等之」的意涵與稱語

「形式平等」是一種表述概念，概念使用者須先說明「形式」一詞，究何所指，方能以「形式平等」表述「等者等之」。若直接將「等者等之」等同於「形式平等」，則犯有以「被定義之事」定義「指稱名詞」的邏輯謬誤，甚或有「偷換概念」之嫌。

2. 「不等者不等之」的概念意涵與用語

形式或實質平等用語的取捨，次須辨明的是：「不等者不等之」=實質平等？是否真如學者所言，不等者不等之的「命題」或「公式」等於實質平等之「概念用語」？此一問題的解答，在方法論上同樣必先界定「實質平等」此一概念用語的意涵，也就是說，此一概念的「使用者」必須先說明其對此一概念的理解，而後方能以之指稱特定之內涵。如果概念使用者將「實質平等」理解為具備「實質的價值指引或內涵」的平等原則，則單從「不等者不等之」的公式表面觀之，未見有特定的實質價值指引，以「實質平等」指稱「不等者不等之」，似有名實不符之病；反之，概念使用者若將「實質平等」理解為「不等者等之」需有「實質上之正當理由」方合乎平等原則，則上述公式非不得以「實質平等」指稱之。

3. 「形式平等」與「實質平等」，中文乎？外文乎？

同一中文概念的使用者若有不同的理解，從比較法的觀點（同樣也是方法論問題）出發，可以進一步追問：系爭概念的來源為何？出於概念使用者自己的中文創用，或是翻譯自外國語彙？若是前者，概念的創用者當然可以自行給定概念的意涵，無正確與否可言；若是後者，則概念的翻譯者必須說明翻譯自何國語言，同時必

須對該國使用系爭概念有正確的理解。換言之，概念的翻譯者不能自行給定被翻譯概念的意涵，於此尚且涉有（翻譯者）是否正確理解概念的問題。從臺灣作為憲法繼受國的角度出發，至少可以提出的質疑是：「形式平等」或「實質平等」等詞來自美國、德國或其他國家？其對應的外國語彙為何？該語彙於美國、德國或其他國家的理解又如何？無論答案為何，都須先指出，設若「形式平等」或「實質平等」概念使用者翻譯自英文語彙，而認為大法官過去有關「等者等之，不等者不等之」與英文語彙的意涵不合，至多僅能得出大法官過去的用法與美國相關概念的意涵不同，非能由此得出大法官概念使用錯誤的結論，除非大法官明示其概念取自美國學說或實務。

以上提問，簡示如下：

- 何謂「形式平等」？
 - ◇ 中文的意涵？
 - ◇ 英文的意涵？
 - ◇ 德文的意涵？
 - ◇ 其他？
- 何謂「實質平等」？
 - ◇ 中文的意涵？
 - ◇ 英文的意涵？
 - ◇ 德文的意涵？
 - ◇ 其他？

（二）概念定義與概念使用

【註六】提出：「『等者等之』公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一種形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂『實質平等』之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種『形

式平等』。……。實質平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念，然而其具體內容學說理論爭議已久，尚難有共識」的質疑，指摘大法官使用「實質平等」用語與「等者等之」公式不相稱，而認為「等者等之」公式屬於一種「形式平等」，由此可以得出不宜使用「實質平等」一語指稱「等者等之」公式的觀點。

姑且不問「形式平等」或「等者等之」公式是否缺乏實質價值內涵，亦暫不論「實質平等」用語本身是否也僅是一種形式、空洞且同義反覆的說法，上述質疑涉及概念定義與概念使用，應先梳理問題層次與思維方法。

不宜使用「實質平等」一語的質疑，理由如果是「名實不符」，方法論上須先定義何謂「實質平等」，而後方能作名實是否相符的評斷，已見前述。「實質平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念」等語，應是【註六】為「實質平等」給出的定義。但從「其具體內容學說理論爭議已久，尚難有共識」的說明以觀，此項概念定義毋寧指向平等原則本身的思想源流與內涵爭議，而非所稱「特定」之「價值」。

循上續論，「等者等之」公式與「實質平等」用語之所以不相稱，若係出於前之公式本身「不包涵任何實質價值」，則須闡論何以此一公式缺乏實質價值。同樣在方法論上須先定義何謂「實質價值」（另一有待定義之概念），而後方能指摘「等者等之」公式欠缺實質價值。此一問題之回答，須注意兩點：1. 任何法原則（尤其是憲法原則），例如人性尊嚴不容侵犯原則或過度禁止原則（「目的與手段相稱」公式），均具有一般化、全稱性之特質，容待進一步細緻化，並建立類型與論證步驟，始足以落實於個案，發揮規範作

用²²⁴。單從原則或所謂公式本身的語意，通常無法一望確知其實質內涵與運用之法。若以此謂「等者等之」公式是形式、空洞且同義反覆的說法，則憲法原則無一不是形式、空洞且同義反覆者。2. 所謂「實質價值」本身即常有同義反覆的現象，暫且不論，僅就【註六】提及之「分配正義」理念來說，即是「法律之前、人人平等」原則的思維支點²²⁵，也就是當立法者（法律）身為分配者（分配機制）必須遵守「等者等之」原則。就此觀之，「等者等之」與「實質平等」二者理念亦非實質不相通。

再承上論，退一步問，「等者等之」若不宜稱之為「實質平等」，則是否即應以「形式平等」名之？同樣從方法論的觀點出發，必先對「形式平等」概念下定義，方能回應，而非直接將「等者等之」公式等同於「形式平等」。於此必須留意，大法官歷來解釋中多次出現：憲法保障之平等權「其內涵並非指絕對、機械之形式上平等」的表述，其中「形式上平等」（形式平等）指稱的是「絕對、機械」平等，而非「等者等之」之平等。若將「等者等之」公式稱之以「形式平等」，則「絕對、機械」平等（至少在大法官歷來解釋的脈絡下）將何以名之？

以上提問，簡示如下：

- 為什麼不宜使用「實質平等」一詞指稱「等者等之」公式？
 - ◇ 因為名實不符？
 - ◇ 因為內容空洞？
 - ◇ 因為憲法已有明定？
- 不宜使用「實質平等」一詞，是否表示捨棄「實質平等」

224 Alexy提出原則最佳化要求的觀點，亦是本此前提。參見Alexy (Fn. 191), S. 75 ff.

225 參見「貳、一、(-)」。

一詞？

- 不宜使用「實質平等」一詞，是否表示應改為「形式平等」？

（三）平等原則的方法論題

形式與實質平等的用語辨異，重點不在平等權或平等原則的觀念辯正，而是平等理念規範內涵與思維方法的實質思辯，其中涉及概念、原則、用語、價值、運用公式、論證步驟等錯綜複雜的法學基本要素。思維方法上應先歸整問題，俾使爭點相互對焦，減少論點交臂而過。綜前所述，平等原則的方法論題，要之有六：其一，「等者等之」公式何以空洞且同義反覆？其二，「等者等之」公式是否捨棄不用，或予以「實質化」？如何為之？其三，「等者等之」公式是否應稱之為「形式平等」？何謂「形式平等」？其四，有無「絕對、機械」（原則上禁止差別對待）之平等原則？如有，是否亦是「形式平等」？或如何稱之？其五，何謂「實質平等」？有無可供操作之公式？抑或只是眾多平等理念的集合名詞？其六，「法律上實質地位之平等」與「實質平等」之異同與關係為何？

以上方法論題，可再簡示為三：

- 在指稱某種說法為「形式平等」之前，是否應先定義「形式平等」？
- 在指稱某種說法為「實質平等」之前，是否應先定義「實質平等」？
- 「實質平等」一詞的使用，是否須預設「實質平等」的正確使用前提？

（四）平等原則的實質論題

憲法保障平等旨在減除不公、維事理之平，而非製造語詞爭辯，治絲益棼。回歸平等原則的實質論題，也就是如何方能使人人

平等、交換與分配關係既平且等。循此論想，縱令「等者等之」公式空洞而無內涵（實則不然），是否或如何注入實質的價值？何種價值？誰的價值²²⁶？價值如有衝突時（無衝突、非價值），如何取擇？何人有最後話語權？無可迴避的問題是，何謂「實質價值」？表現在分類的標準上（例如美國法上的「嫌疑分類」）？或者「差別對待」的實質合理事由上？還是立法者未善盡「矯正過枉」的實質義務？凡此皆已超越用語允洽的正名問題。

四、形式與實質問題所由根源

法學上常用的形式與實質之分，只是一種相對性概念區分與描述性修飾語詞，非規範性之法律概念，無法亦不能自此推論導出規範之應然，已如前述²²⁷，則形式平等與實質平等的問題根由究竟何在？

（一）問題的癥結及其盲點

【註六】以「本院解釋襲用已久之『形式平等』（formal equality）與『實質平等』（substantive equality）用語」開頭，直接將「形式平等」與「實質平等」對應英文 formal equality 與 substantive equality。這段起始語句，從方法論的角度來看，帶出一個問題的三種面向：

- 此為【註六】的解讀？
- 此為大法官向來的理解？
- 何以對應英文名詞，而非其他語文概念？

在英文憲法文獻中，equality 通常被區分為 formal equality 與 substantive equality²²⁸。單就字面意義，formal equality 與 substantive

226 參見「參、四」。

227 參見「肆、二」。

228 例如：Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification*

equality可以分別譯為形式平等與實質平等，但由此不能反面推論出：大法官於解釋中使用「形式平等」或「實質平等」一詞，主觀上是對應英文的formal equality與substantive equality，也無法由此得出大法官解釋中出現「形式平等」或「實質平等」，在意涵上（必然或必須）等於英文的formal equality與substantive equality。

承上，第二層次的問題是：英文語彙的formal equality與substantive equality，各何所指？在英美學理上有無「統一」的解讀與用法？以下是若干說法舉隅。

關於formal equality的定義或詮釋，例如：

- 所有的人民須被完全同等的對待——等者等之（all people be treated exactly the same—treat like cases alike）²²⁹。
- 應該被平等的對待（should be treated alike），男女在相同的情況下應該被同樣的對待（men and women be treated the same to the extent that they are similarly situated）²³⁰。
- 意指「平等的對待」（equal treatment）²³¹。

關於substantive equality的定義或詮釋，例如：

- 追求「結果上」的平等，以人民個人能力及社會地位的不

Values in Constitutional Struggles Over Brown, 117 HARV. L. REV. 1470 (2004); Charles Lawrence, III, *Two Views of the River: A Critique of the Liberal Defense of Affirmative Action*, 101 COLUM. L. REV. 928 (2001).

229 ROBIN L. WEST, RE-IMAGINING JUSTICE: PROGRESSIVE INTERPRETATIONS OF FORMAL EQUALITY, RIGHTS, AND THE RULE OF LAW 107, 134 (2003); MICHEL ROSENFELD, JUST INTERPRETATIONS: LAW BETWEEN ETHICS AND POLITICS 157 (1998).

230 Katharine T. Bartlett, *Gender Law*, 1 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1, 2-5 (1994).

231 Leslie Gielow Jacobs, *Adding Complexity to Confusion and Seeing the Light: Feminist Legal Insights and the Jurisprudence of the Religion Clauses*, 7 YALE J.L. & FEMINISM 137, 151 (1995).

同為基礎，並藉由重新分配社會資源，來達成「分配平等」(distributive equality)²³²。

- 意指「用不同的方式達到平等對待的結果」(different treatment that achieves an equal result)²³³。

在formal equality之外，另有legal equality或formal legal equality的用法²³⁴，意涵大體相同。從上述見解可以延伸思考的問題是：formal equality是否等於等者等之 / 容許合理的差別待遇，抑或包括絕對、機械形式平等 / 不容許任何差別待遇？

此外，當代英美學者對formal equality的理解與詮釋，有部分將觀念的緣起與根源溯及至亞理斯多德的「正義」觀，即正義是應該對相同的事物為相同的對待，對不同的事物為不同的對待，並且使之合於比例²³⁵。這個公式被稱為equality as consistency或稱為equality as rationality。不過，部分學者指出formal equality雖然可以防止明顯的偏見存在，但存在以下重要的難題：1. 在進入問題前，必須先判斷什麼是「相同的案件」的前提問題；2. formal equality將平等對待(equal treatment)本身當成目的，而非手段；3. 需要找到相對照的對象(the need to find a comparator)²³⁶。

另有學者將equality of results (結果的平等—暫譯)等同於substantive quality，以之與formal quality相對，前者著眼於特定對待所生結果之特徵；後者強調對相同案件為相同處理，不同案件為不

232 ROSENFELD, *supra* note 229, at 157 (discussing formal equality as being consistent with libertarian theories of justice).

233 Jacobs, *supra* note 231, at 151.

234 JOHAN RABE, EQUALITY, AFFIRMATIVE ACTION, AND JUSTICE 290 (2001).

235 ARISTOTLE, NICOMACHEAN ETHICS, Book V, Ch.1-5 (Harris Rackham ed. & trans., Harvard University Press 1934).

236 Jason M. Pobjoy, *Treating Like Alike: The Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complementary Protection*, 34 MELB. U. L. REV. 181, 197 (2010).

同處理。substantive equality部分回應了formal equality的侷限缺陷，但其本身亦存有問題，例如：substantive equality的概念與平等原本要追求的目的相違背（appears to contradict the very principle of equality it purports to advance）；substantive equality專注於結果上的平等，將會無法改變「長久存在的歧視結構（structures that perpetuate discrimination）」，故formal equality與substantive equality兩者各有所偏，但可以互相補充。前者處理公然明顯的歧視（blatant prejudice），後者則可以促進多元性（promotion of diversity）²³⁷。循此理路脈絡，值得探討的是affirmative action²³⁸概念及其與substantive equality的關係，是否為互相補充的概念，此一問題輒因政治背景、法治進化與社會情境的不同而異其詮釋，迭有爭議²³⁹。

上述若干引述顯示，形式平等與實質平等的爭議根源在於：未經說理與論證之下，即直接當然地將「形式平等」與「實質平等」與英文formal equality與substantive equality對應等同，並作為問題分析與批判的前提，而未慮及此一前提本身是否成立及其內涵的界定，此為問題癥結與盲點之所在。

237 *Id.* at 198-99.

238 關於affirmative action的概念與問題，參見MICHEL ROSENFELD, *AFFIRMATIVE ACTION AND JUSTICE: A PHILOSOPHICAL AND CONSTITUTIONAL INQUIRY* (1991).

239 例如南非於1994年廢除種族隔離政策，於1996年制定新憲，確立法律平等原則，社會正義的重建與既存歧視的消除為當務之急，平權措施的積極採取尤其重要，故substantive equality與affirmative action關係的討論，頗受關注。例如部分學者認為，前者基於族群或類群為基礎（group-based），以性別、種族等區分出特定團體來操作，換言之，整個受到不利益的族群（disadvantage designated group），亦即以「該種族或性別將會大大影響到該族群所會獲得的機會與否」來判斷，若為該特定團體內個人間所產生的不利益，則排除在substantive equality的操作範圍。反之，優惠性差別待遇則針對不利益的個人（individual disadvantage）。參見Ockert Dupper, *Affirmative Action and Substantive Equality: The South African Experience*, 14 SOUTH AFRICA MERCANTILE L.J. 275, 275-92 (2002); LUYANDO MARTHA KATYATIYA, *SUBSTANTIVE EQUALITY, AFFIRMATIVE ACTION AND THE ALLEVIATION OF POVERTY IN SOUTH AFRICA: A SOCIO-LEGAL INQUIRY* (2014).

(二) 索解癥結的他山之石

形式平等=formal equality、實質平等=substantive equality的概念同步連結，預設了平等思維與英語法系互有關聯的基本前提。問題是，大法官（概念使用者）使用「法律上地位之實質平等」詞彙的思維資源是否來是英語法系？學說上所謂「形式平等」是否等同於「法律上地位之實質平等」？相同語彙是否也出現在其他法系？指涉含意是否相同，還是「同語異義」？以下試以德國學說與實務作為攻錯的他山之石。

德國憲法學說與實務並無相當於「實質平等」substantive equality的概念用語，而有formale Gleichheit（形式上平等）、rechtliche Gleichheit（法律上平等）與faktische Gleichheit（事實上平等）三種基本分類，簡述意涵如下：

1. 德國學理上的 formale Gleichheit

Formale Gleichheit（形式上平等）一詞於德國憲法文獻的用法，主要指稱：凡涉及人的基本地位（grundlegender Status des Menschen），權利能力、行為能力、公民權利（選舉權）者，憲法禁止任何的差別對待，至多只能有年齡上的限制，尤其是選舉權不得作任何的差別對待²⁴⁰；唯有形式上平等地位（formale Gleichstellung）的確保²⁴¹，始合於憲法的平等原則。憲法訴訟實務裁判亦認為，基於「民主齊頭的歷史淵源」（historische Entwicklung zum Demokratisch-Egalitären），任何人必須在儘可能形式相等的方式下行使其公民權²⁴²；選舉法上之平等原則要求「計算上之形式平

240 參見Bodo Pieroth/Bernard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 30. Aufl., 2014, § 11 Rn. 498.

241 參見Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., 2010, Art. 3 Abs. 1 Rn. 55.

242 此為德國聯邦憲法法院歷來之見解，參見BVerfGE 11, 266 (272); 12, 73 (77); 95, 335 (353); 95, 408 (417); 99, 69 (77 f.); 120, 82 (102).

等對待」(eine rechnerische formale Gleichbehandlung)，立法者於此僅有相當有限的差別對待空間²⁴³。要之，formale Gleichheit一詞於德國主要是指涉選舉平等（一人一票、票票等值）²⁴⁴、權利能力平等，且趨於嚴格的「差別禁止」(Differenzierungsverbot)²⁴⁵。

2. 德國學理上的 rechtliche Gleichheit

Rechtliche Gleichheit（法律上平等）為德國憲法平等原則的核心概念²⁴⁶，基本上與法律之前人人平等同義，要旨略以：人生而平等，並不表示人與人之間毫無差異、事實上絕然相同，不問所處社會的條件，一律均等。憲法上平等追求的是消除「人為」的歧視及差別對待，尤其是排除來自法律（公權力）所造成的不合理差別對待。法律上的平等對待是自由的先決條件。在此意義下，自由與平等攜手並進²⁴⁷。德國基本法第3條第1項的平等保護條款，即屬法律上之平等保障²⁴⁸，由此衍生出政治上之平等權與各種不同的特別平等權²⁴⁹。

3. 德國學理上的 faktische Gleichheit

Faktische Gleichheit（事實上平等），字義上，顯與法律上平等相對。不過，於德國憲法學說上的運用，仍具有多義性²⁵⁰：或指稱法律上平等的事實上實踐（落實），也就是排除法律上平等的實踐

243 BVerfGE 95, 408 (418 f.); 120, 82 (107).

244 Badura將此稱為選舉平等原則的「形式化」(Formalisierung)，屬於「特別」平等原則 (besondere Gleichheitssätze) 之一。參見Peter Badura, Staatsrecht, 4. Aufl., 2010, C Rn. 44.

245 Starck (Fn. 241), Rn. 217, 290, 294.

246 參見Werner Heun, Freiheit und Gleichheit, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 49.

247 參見Gerhard Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 21 ff.

248 瑞士憲法第8條有關平等保護之規定，係以Rechtsgleichheit為標題，相當於legal equality。

249 Heun (Fn. 246), Rn. 49.

250 參見Werner Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., 2013, Art. 3 Rn. 66.

障礙；或指稱社會上之平等（*soziale Gleichheit*）²⁵¹，也就是建立人民社會（事實）地位的平等。後者的用法較為常見。事實上（社會上）的平等有待國家的介入與促進，國家無法透過法律上的平等達到事實上的平等。國家必須有所作為，並且重新分配。事實上的平等以國家積極投入及給付為前提，並非國家行為的「起點」，而是「終極目標」。為了達成事實上的平等，立法者必須節制、裁剪某些自由，因為人的自由（隨心所欲）是製造事實不平等的主要原因及根源²⁵²。

根據德國通說²⁵³，事實上平等的保障不是基本法第1條第3項基本權拘束效力所及。憲法平等權並未課予立法者弭平事實上不平等的義務，立法者必須在不侵害基本權的前提下，考量國家財政能力、可供運用的資源，以及社會的經濟能量，逐步實現之。換言之，基本法第3條第1項的平等保護條款，並無國家必須消除不同族群間事實不平等（*tatsächliche Ungleichheiten*）的憲法要求²⁵⁴，後者屬於社會國原則或所謂社會權的問題面向²⁵⁵。

五、比較憲法學方法論諸課題

借德國平等概念與用語之他山石，攻之以吾國形式與實質平等

251 參見 *Hans F. Zacher*, *Soziale Gleichheit*, AöR 93 (1968), S. 341 ff.

252 參見 *Starck* (Fn. 241), Rn. 4.

253 參見 *Starck* (Fn. 241), Rn. 5 f., *Heun* (Fn. 246), Rn. 49；少數反對見解，如 *Alexy* (Fn. 191), S. 378 ff.

254 參見 *Hans D. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 11. Aufl., 2011, Art. 3 Rn. 1.

255 儘管如此，社會國原則與平等原則之間仍存有相互影響之關係。例如從基本法第3條第1項可以推導出訴訟武器平等原則，從而國家對於無資力者提供法律扶助，不僅基於平等保護之意旨，同時亦是國家落實社會國原則之義務。德國聯邦憲法法院曾援引社會國原則作為國家應提供無資力者法律扶助之憲法依據（BVerfGE 35, 348 (355)），嗣後復認為國家對無資力者之法律扶助，如不能提供其最低生存保障者，即與基本法第3條第1項之平等保護意旨有違（BVerfGE 78, 104 (118)）。

語辨之錯，適可反思比較憲法學方法論的諸課題。

（一）語言、概念與法比較

從語言使用及比較法學的角度審視，與中文「形式平等」相對應的外文語彙，至少有英文與德文二種，其概念用語意涵卻不相同。嚴格檢視歷來解釋，大法官未曾使用過「形式平等」一詞，至多僅有「絕對、機械之形式上平等」的說法。究其意涵，似較接近德文formale Gleichheit，而不同於英文的formal equality。至與中文「實質平等」之用詞相對應的外文語彙，主要是英文的substantive equality，德國憲法學說及實務上未見類似的概念或用語²⁵⁶；大法官亦從未單獨使用「實質平等」一詞，而是「法律上地位之實質平等」，應係指稱「法律上之合理差別待遇」，約等於英文的treat like cases alike，也就是legal equality，而不同於英文substantive equality強調的「結果平等」；若放在德國法的脈絡下來看，則相當於該國的rechtliche Gleichheit（法律上的平等）（參見附錄二：「形式平等」與「實質平等」用語對應表）。

次就中文的文義與論理的脈絡來說，「實質」二字的意涵多端²⁵⁷，大法官使用「實質」平等一詞，旨在確保人民法律上地位的平等，用以區隔「絕對、機械」之形式平等，故「實質平等」一語未嘗不得解為：立法者為差別對待時，必須有「實質」的合理事由，或差別待遇與立法目的之間須有「實質關聯」²⁵⁸，不必非要把

256 在德文語彙中雖也有materielle Gleichheit的用法，但並無固定的意涵，且亦非憲法學理上的概念。

257 法學概念常有「形式意義」與「實質意義」之區分，前者多半有一定之法制框限，後者則以探求實質意涵為要，不問法制規範。例如「形式意義」之法律與「實質意義」之法律的區分，前者指立法院制定、總統公布的法；後者指具有一般性、抽象性之外部法規範之總稱。因此，作為與「形式」相對稱之「實質」概念，通常帶有不受特定組織、程序、法制圍限的意涵。參見「肆、二」。

258 參見司法院釋字第649、666號解釋理由書。

大法官解釋提及的「實質平等」硬套成美國的substantive equality。

再就英文語彙formal equality而言，在美國學理的理解與臺灣學說的轉譯，毫無疑問指的都是「likes should be treated alike（等者等之）」²⁵⁹的平等檢驗公式。論者將此視之為「形式」平等，主要是從這段語句看不出任何實質性的內涵，只知把相同事物作同等處理。追究其實，「等者等之」公式既是平等思維的起點，也是平等審查的終點。從起點到終點之間的這段距離中，舉凡何謂「等者」（是否類同）？是否構成「差別對待」？如何「等之」？有無合理的「不等之事由」？必須逐步提出命題，索隱探微、設問求解。如果不是直接從起點跳接終點，則「等者等之」公式運作的每一個環節都是十足的「實質」問題，要無形式的框架或預設的準據可資依憑，其中實質內涵的填充，全賴平等原則的「適用者」²⁶⁰。準此言之，以formal equality來表彰likes should be treated alike，或許捕捉到平等原則的基本特徵與若干外貌，卻容易錯失問題、誤導思維、跳空實質論證。學理上對於「等者等之」的規範意義與實質作用輕易予以否定，正是造成「等者等之」內涵貧乏的主要原因之一。

（二）憲法概念與憲法規範

從「法律用語」的觀點出發，「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」最早出現在2000年4月25日公布的憲法增修條文第10條第6項。從時

259 「等者等之」為【註六】及國內部分學者的譯法。嚴格究之，likes與treated alike在規範意義上並不相同，前者指的是可資比較的相類之人或事（相同或相類之人或事）；後者則應等同視之的規範要求（等同對待），故宜譯為「同者等之」，以彰明問題層次與思維構造。不過，本文旨在商榷【註六】，故仍援用之。

260 平等原則的適用者可能是法官、大法官、行政部門，當然還包括學者。為每一件個案提出具說服力、可資檢驗的理據，為法律適用者的職責與任務；反之，妄想提出一套適用於任何個案的平等工具，就如同要發明一台審判機器（電腦）以取代法官判案一樣，終為不切實際的理想。

間的先後順序來看，大法官使用「實質平等」一詞，早於修憲機關。若要追究用語的妥適性，應該被質疑的恐怕是修憲者（或條文起草者）沒有注意且妥善考究大法官曾使用「實質平等」一詞及其意涵，而不是大法官的用語與憲法文義有所扞格。況且，上開憲法條文係規定「兩性地位」之實質平等，而非「兩性法律地位」之實質平等，二者亦無混淆之虞，重點毋寧是兩性「事實地位」或「法律地位」的平等問題，而非「實質」二字所指稱的意涵。為確保觀念之清晰性與法的安定性，應該嚴格區分的是「法律上平等」與「事實上平等」兩種不同層次的問題。至於憲法對於「法律上平等」或「事實上平等」的達成有無規範上的指示？如何指示？則是另一憲法解釋的問題，而且才是真正的問題所在。

（三）比較憲法與法學方法

從憲法解釋與法學方法的視角來說，平等權或平等原則的意涵與實踐，還可以且必須放在整個（特定）憲法的架構下來進行，也就是體系解釋的觀照方法。美國學說及實務之所以必須在「平等保護條款」（equal protection clause）²⁶¹中探討「實質平等」（事實上平等）的問題，並開展相關理論與法制，一定程度與美國憲法欠缺社會國原則條款有關。所有的「平等問題」必須在「受法律之平等保護」（the equal protection of the laws）此一簡潔的規定下解釋、討論。

261 美國憲法第14增修條文規定：「所有出生於美國或歸化為美國籍之人，無論居住於何地，於司法之前，均為美國公民，且為其所在州之公民。州不得制定或執行任何可能剝奪美國公民權益或豁免權之法律；未經正當法律程序，不得剝奪人民之生命、自由或財產；亦不得否認任何人於司法之內受法律之平等保護（All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.）」。

反觀德國憲法（基本法）除於「基本權利」章第3條設有「平等保護條款」²⁶²外，另於「聯邦與各邦」章第20條第1項揭示社會國原則。德國學者一般認為事實平等之促進屬於社會國原則的實踐問題，且如果平等保護條款已經包含事實上平等的保護，實無另定社會國條款的必要²⁶³。至於1994年於基本法第3條第2項新增的「國家應促進男女平權之事實上實踐，並致力消除現存之歧視」規定，雖置於基本權利章之中。然德國學說及實務仍將之視為社會國原則下之「國家目標」（Staatsziel）²⁶⁴，旨在促進男女事實上的平等，立法者享有形成自由，個人並無請求權²⁶⁵。

我國憲法有關平等的規定，除第7條（中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等）外，尚有憲法第5條（中華民國各民族一律平等）、第129條（各種選舉……以……平等……方法行之）、憲法增修條文第10條第6項（內容見前）等²⁶⁶。從條文字義及規範體系來看，憲法增修條文第10條第6

262 內容：「（一）法律之前人人平等。（二）男女平等。國家應促進男女平權之事實上實踐，並致力消除現存之歧視。（三）任何人不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治觀而受歧視或享特權。任何人不得因其身心障礙而受歧視。（1）Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. (3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.）」

263 參見Starck (Fn. 241), Rn. 6.

264 參見Starck (Fn. 241), Rn. 311.

265 參見BVerfGE 109, 64 (90).

266 除了上舉規定外，憲法第134條規定：「各種選舉，應規定婦女當選名額，其辦法以法律定之。」其規範意旨亦與「平等」有關。此項憲法規定至少有兩種詮釋方向：一、此項規定是憲法第129條（各種選舉……以……平等……方法行之）的特別規定；二、此項規定是制憲者為促進婦女參政地位之實質平等的憲法指示。此二詮釋方向衍生出同一之憲法課題：婦女保障名額是否為憲法的預設價值，可擴而廣之？抑或這只是特定時空背景下的政治決定，隨

項屬於一種以促進兩性「事實上平等」為宗旨的基本國策條款²⁶⁷。蓋憲法第7條已有「無分男女，在法律上一律平等」的規定。由此觀之，憲法第7條保障之「法律上一律平等」，在解釋上是否包含「事實上平等」之保障意旨在此，不無疑問。而憲法增修條文第10條第6項能否作為法律違憲審查的規範準據，並據此得出特定法律牴觸上開規定之論斷，亦值探討。

綜觀美、德、臺的憲法平等保護規定，單從憲法條文的角度的來看，若要進行三國的法比較，自不能無視於各該條文的規範構造與體系位置，直接（選擇性地）跳入個別學說的橫向比較，或者逕將特定之他國學者或實務見解視為本國憲法規範之所應然。換言之，憲法解釋的基本起點至少必須尊重憲法，探求憲法有無指示？如何指示？由於美國憲法「平等保護條款」(equal protection clause)之極簡風格，所有平等課題及論點，皆可謂屬於憲法指涉的範疇；或者說可以完全脫離憲法條文的規範脈絡，無限可能。反觀德國與我國的憲法，規範上相對較為細膩、多重且互有交疊，除非完全將之視而不見，否則在探討平等權 / 平等原則之憲法課題時，自須進行規範體系區辨與條文屬性定錨。

為便於思考，暫且簡化為「基本權利」(平等基本權)與「基本國策」(德國法之「社會國原則」)二類，除了唯一不變的是不斷扣問：「差別對待的合理事由」，無可避免地還會帶出以下的問題：

著時代演進與社會變遷而逐漸喪失其(憲法)正當性？

267 與此類似的規定，尚有：憲法增修條文第10條第7項：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」同條第12項：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」以上二規定寓有國家應「消除對身心障礙者之歧視，促進身心障礙者與非身心障礙者地位之實質平等」及「消除對原住民族或外島人民之歧視，促進原住民族與非原住民族或外島與本島人民之實質平等」的規範意旨。

- 平等基本權是否支配基本國策（社會國原則）的實踐方式？
- 基本國策（社會國原則）是否及如何影響平等基本權的解釋與實踐？

此二問題涉及自由與平等、防禦與保護的三角習題，前已略有提點，可供思考，於此不贅²⁶⁸。

（四）憲法規範與實踐機制

憲法之比較研究，除須關注憲法條文之異同外，亦須同時觀照各國憲法之實踐方式，尤其是違憲審查機制。憲法的實踐牽涉憲法意旨的具體化及如何落實於個案的模式，至少包含三種層次，首要是學理論述，基本上是各抒己見，厚植一國憲法根基有加，是否有助於憲法實踐，端賴學界與實務之互動關係；次者是憲法解釋方法的拓建，取自司法實務，亦源於學理，或向他國取經；再次者，比較憲法學不可忽略的是，釋憲制度之設計與運行。確切的說，違憲審查制度（尤其法律之違憲審查）一般大別為集中制（德國憲法訴訟為代表）；分散制（美國違憲審查為代表）。關於違憲審查制度之探析，參見前述²⁶⁹，以下僅針對平等（違憲）審查之制度問題，略作闡析。

就「等者等之」的規範意旨而言，執此循司法途徑表示不服者，基本上應是主張「等者，卻被不等之」，其爭執之標的殆為「不等之」的國家措施，並以「等之」措施為訴求。換成一般的說法，即受到「差別對待措施」或「歧視性待遇」，而要求「同等對待」。此等歧視措施對於被歧視或遭差別對待的人民來說，構成一種侵害，從而訴求侵害之排除，乃是基本權的防禦作用。從程序的

268 參見「貳、二」。

269 參見「參、一、(三)」。

角度來說，人民可以直接以國家之「差別對待措施」或「歧視性待遇」為標的，請求除去該差別性之干預措施，而大法官（憲法法院法官）所應斟酌審究之首要及主要問題是，系爭措施是否如人民（原告）所主張的構成（具有憲法意義之）差別對待？如果構成差別對待，則進一步審查是否具備憲法上可知支持的正當合理事由？固然，當大法官（憲法法院法官）認定系爭措施屬不具憲法正當性之差別對待，而構成平等原則之違反時，如何處理該措施有多種可能性，直接宣告違憲、無效或失效；宣告違憲、定期失效；單純宣告違憲，令立法者檢討修正；直接作成合於平等原則之決定……，基本上仍無改於平等權作為一種防禦權的基本性格²⁷⁰，尤其當國家對人民採取歧視性之處罰措施時。

相對於上，國家如非採取差別對待或歧視性的措施，而是未能（充分）關注到人民與人民之間所存在的事實上不對等關係（或所謂實質的不平等），由於國家並未無「等者不等之」的舉措，人民自難依據「等者等之」的平等原則向國家主張權利，人民之所欲毋寧是國家主動採取促成「等者等之」的各項措施，例如讓訴訟當事人具備同等的攻擊防禦能力，甚至希望國家多作「差別對待」措施，例如只有視障者可以從事音樂工作，或讓身障者「可行」²⁷¹。準此以言，在憲法規範的觀念上，至少存在三大問題：

270 德國學者有以國家對於違反平等原則之結果有多種處理之可能性，而否定平等權之防禦性格，並將平等權與給付請求權相類比。參見Hans D. Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen – Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift für 50 Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 35 ff. 惟本文認為，此項見解一定程度混淆「人民權利是否受有侵害」與「人民權利受侵害如何排除」兩種不同層次之問題。前者著重在人民的權利是否受到侵害（有所「短少」），例如土地的利用受到限制而構成「特別犧牲」（根植於平等原則的概念）；後者則是在人民權利受有侵害的前提下，進一步探討如何除去或填補人民權利所受之侵害。

271 相關討論，參見孫迺翹，身心障礙行不行——以訴訟途徑請求公部門落實無障礙設施設置義務的可行性評析，本書頁437以下。

- 憲法第7條保障之「法律上一律平等」，在解釋上是否包括國家（法律制定者）有促成「等者等之」或多作「差別對待」措施之義務？
- 此所謂的「等者」，是「法律上的等者」，還是「事實上的等者」？如何從憲法的觀點予以確認？
- 造成事實上不等（或實質的不平等）的原因為何？是否及如何歸咎於國家？與可歸咎於國家的平等訴求，有無不同？

以上觀念層次之憲法問題，從實踐制度面的角度來看，無可避免的必須進入「（給付）請求」的權利思維與制度框架。如果在法制上無法讓以上問題透過一定程序成為違憲審查的標的，並且轉換成違憲審查的實踐命題²⁷²，則人與人之間應該如何實質平等的問題，只能被放在民主政治、政治哲學或道德訴求的層面來討論。

（五）平等保護與違憲審查

承接上述程序課題，並且跳開平等的稱謂之爭，從平等保護的規範目的出發，實質以思，在觀念上必須先分辨造成不平等的原因及來源為何？來自國家公權力（行政、司法、立法）？或來自特定的私人（個人、企業、財團）？還是來自整個社會（傳統、文化、宗教、成見²⁷³、社會條件、地理因素²⁷⁴）？

- 其一，防止並排除來自公權力之不平等對待，為基本人權作為防禦權的首要功能與目的，同時也是平等審查的第一要務。公權力（尤其是法律）是否對特定人民（類群）構成不平等的對待，除須考量規範本身之意涵外，尚須審酌

272 此點同時是比較憲法必須關注的課題。

273 例如重男輕女的觀念。

274 例如生活在土地貧瘠或易發生天災的地區。

規範的「實際」效應²⁷⁵。

- 其二，防止並排除來自特定私人之不平等對待，原則上須由國家採取必要的「限制」（自由）措施，於此須同時考量受限制者之基本權保障暨比例原則之問題。
- 其三，防止並排除來自整個社會之不平等對待，則須由國家採取必要之給付、福利、優惠性之措施，以矯正之。

其三之不平等原因的排除，尚且涉及資源重分配的政策取向與國家財政能力等現實問題。此種透過制憲者、立法者或（經授權）行政部門積極介入，進行調整與調動，往往有特定的社會脈絡與時代因素，也因此須隨著社會環境的改變或時代觀念的演進而有所修正，否則國家介入過甚的結果，將形成另一種來自公權力之不平等對待，而須予以防止或排除之。例如憲法第85條規定：「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，並應按省區分別規定名額，分區舉行考試。非經考試及格者，不得任用。」前段揭櫫「公開競爭之考試制度」（考試平等原則），卻又採「按省區分別規定名額」。考其緣由，乃中國幅員廣大，各區地理環境及教育條件差異甚大，若不慮及此，一律同場競試，擇優取才，錄取者恐將集中在地理環境及教育條件較佳之區域²⁷⁶，故採分區名額制，以排除來自社會因素所造成的不公平現象。不過，此種因素於臺灣已不存在，若仍「按省」分配名額，反而違反考試不公平之結果，憲法增修條文第6條第3項爰規定²⁷⁷：「憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行考試之規定，停止適用。」

從權力分立與制度功能的角度以言，不得違反平等原則、不得對人民為歧視性的對待，係所有公權力的（不作為）義務（歧視禁

275 參見司法院釋字第666號解釋理由書。

276 中國歷史上明朝科考「南北榜」的緣由，即是大家熟知的例子之一。

277 縱無此一修憲規定，憲法第85條有關按省區定名額分區舉行考試之規定，亦是「違憲之憲法規定」，應不予適用。

止)，而排除來自公權力之不平等對待、確保法律上的平等，則是司法者（違憲審查機關）的主要任務之一；相對而言，追求事實平等是立法者的任務，而非司法者（違憲審查機關）的權限；是否達成事實上之平等並非法律是否牴觸平等原則而構成違憲的理由。惟司法機關可以將立法者為追求事實平等所採取的「差別待遇」措施，納入是否為「合理差別待遇」的考量因素。換言之，事實上平等的追求足以作為差別待遇的合憲正當事由²⁷⁸。面對平等問題，大法官應有的態度是什麼？居於被動守勢，還是主動積極？從大法官的功能角色與進退態度來說，必須分辨的是「機制功能」與「解釋態度」。基於司法機關的被動性格，大法官仍要嚴守「不告不理」的原則。

元元本本：人權理論與法學思維

憲政主義與人權理論的移植與深耕，終究要回到法的本質，從頭思考法學。法學思維的根本則須回到人的原點與個人所在的群體，建立法學知識系統，讓法學成為一門學科²⁷⁹，形構以人性尊嚴

278 參見司法院釋字第649號解釋理由書。

279 歷史學者Hayden White在探討歷史事件（historical events）與虛構事件（fictional events）的區辨，以及歷史（history）與歷史哲學（philosophy of history）的區別時，提到：「每一門學科（discipline）都是由它禁止（forbid）其從事者去做的事物所構成。每一門學科都是由一組對思想與想像力的限制條件（a set of restrictions on thought and imagination）所構成，而在所有學科中，此種桎梏莫過於專業歷史編纂學的禁忌—乃至於所謂「歷史方法」（historical method）無非就是「平鋪直敘故事」（get the story straight）……，以及不惜代價地避免過度使用概念……。其代價是概念工具（conceptual apparatus）受到壓制（沒有概念工具，單元事實就無法凝聚成複雜的宏觀結構，也不能在歷史敘事中建構推論性的表述）……。」參見HAYDEN WHITE, *TROPICS OF DISCOURSE* 126 (1978)。White以一種反諷的方式，批判學科教條及（某種）「歷史方法」，其議論的核心出發點：學科是由「不能做的事」所構成，發人深省。換言之，學科之所以成其為學科，必然要有足以和其他學科區辨的特徵與要素。就法學而言，憲法規範國家、法律規範社會，故憲法或

為中心的法律生活圈，方能使憲政與人權有相互依存之規矩與理性之秩序，而無彼此齟齬之鑿柄與反智之恣意。

探索始元，尋究根源，為治學之本，古籍有載，所謂「元元本本，殫見洽聞」。語言文字是思想的載體，通過語言文字可以捕捉、傳遞人類的思想。人類經由思考將外界的訊息與事物進行歸類，運用文字標記同類人、事、物、行動或想法（觀念）的主要屬性或共同特徵，再冠以一定之名稱，形成概念。這些概念詞彙簡化想法、減少溝通成本、降低資料負荷、避免思維負擔，並據以因應周遭的變化與情境，進行推理、論辯、決策。概念在知識與認知具有承上啟下的功用，屬於思考活動與知識領域的基本單位，足以累積形成特定的理論或學說。概念既是認識世界的工具，世界圖像復由概念形塑²⁸⁰。不過，相對於宇宙萬物，人類的概念語彙極其有限，只是摸索或拼湊真相的方式，並非全貌，概念無法與人分享，或者過於堅持概念，反而會成為接近實質問題的絆腳石，無法掌握要理，產生溝通的障礙。法學問題與法學論辯固然有各家各派的爭

法律及其法學必然涉及政治、經濟、社會、文化等事物及其學科，但此等事物及其學科不等於（憲）法律及法學。發展「純粹法學」聞名於世的Hans Kelsen，在論及法學的「純粹性」（Reinheit）時，提到法學與心理學、社會學、倫理、政治理論逐漸混同的現象，推究原因，無疑是此等學科與法學關係密切。純粹法學的任務就是要將法的認識（Erkenntnis des Rechts）與其他學科區隔出來。不是因為，純粹法學要忽略、甚至否認法學與這些學科之間的關聯性，而是力圖避免「方法混同」（Methodensynkretismus），也就是要滌除一種會遮蔽法學本質要素、抹去法學內在特有輪廓的「乾坤大法」（註：本文作者用語）（參見Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, Nachdruck 2000, S. 1.）。Kelsen質疑法學「方法混同」（Methodensynkretismus）的論題，在法學界引起不同反應，尤其執所謂「科際整合」立論者，試圖以「方法多元論」（Methodenpluralismus）的觀點批判法學「純粹」之說不合時宜（例如Robert Weimar, *Reine Rechtslehre und Theoriefortschritt*, in: Weimar, *Einheit und Vielfalt der Rechtstheorie*, 2008, S. 117 (120)）。類此之說，時下常見，卻都忽略了Kelsen從來沒有「要忽略、甚至否認法學與這些學科之間的關聯性」。

280 概念作為一種工具，Begriffsapparatur或conceptual apparatus（概念工具），為社會科學的共通課題，依不同問題關懷與思維脈絡，可以拓延出各自的命題。參見Kazimierz Ajdukiewicz, *Das Weltbild und die Begriffsapparatur*, Erkenntnis VI (1934), S. 259 (259-287).

議，但要毫無阻礙的直搗問題核心，則應儘可能擺脫各種名詞概念層出不窮反覆考究所形成的文字障。一味橫柴入灶、硬套概念來比較對錯，未得法理奧義，反而徒增困擾。概念框架²⁸¹有助於理解，卻應慎防成為思維的鳥籠²⁸²。概念應為人所用，而非受概念所役²⁸³。

受平等對待是人類與生俱來的需求，古往今來，環繞在平等課題的語彙、概念，不知凡幾，既厚植了人類理解「平等」的智性資料庫，但也一定程度地形成思維的包袱與障礙。形式平等與實質平等之語辨，即是一例。因此，擺脫平等語言之形式障礙，讓學界與實務進入平等保護的實質問題，為解釋憲法者與憲法學的任务與職責。

司法院關於平等的解釋，真正問題不在解釋用錯了概念，而在於大法官解釋的毫無章法，外加只有結論，沒有理由。諸如「憲法第七條規定，中華民國人民在法律上一律平等，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等」的說法，基本上只能算是開場白或發語詞，無法得出任何實質內涵的理由與結論。如此空洞的解釋理由，無異於不附理由，連帶也讓學界對大法官解釋的批評嚴重走偏，失了準心，誤把「等者等之」當作標靶，錯把應深入探討的平等核心課題逼向對立面，形成稻草

281 相對應的外文有 Conceptual frame, conceptual framework, begriffliche Rahmen, conceptual schemes, Begriffsschemata 等。

282 參見 Geert-Lueke Lueken, Das Gehirn denkt nicht, Über semantische Schwelle und das Rahmenproblem, in: Anrswald/Schütt (Hrsg.), Rationalität und Irrationalität in den Wissenschaften, 2011, S. 260 (261 ff.).

283 概念是法學的基礎，無概念，無法學，但概念的使用如果到了雞同鴨講的地步，甚或概念問題反客為主，取代實質的法學課題，為概念而概念（護衛特定的概念），忘卻概念的目地，則應該根本的捨棄概念的使用，或者與概念之爭保持距離。法概念的真正目的是作為法秩序的基石，建立綱舉目張的法律架構和層次嚴整的法學體系，勿因概念之爭而本末倒置，反讓法律概念成為挑起學說分立的無謂爭辯。

人式的學理論辯。

平等基本權乃是一種以平等原則為內涵的基本人權，具有直接規範國家權力的憲法拘束力。以平等權審查國家行為的合憲性問題，自當以平等原則作為審查基準，並要回到基本人權保障的最終底蘊。問題根本不在「形式平等」或「實質平等」等概念用語的取捨，而在於如何建立一套形式嚴謹、實質有據的審查步驟與思維方法。縱使大法官不再援用「實質平等」一詞，平等審查的問題還是照樣存在。壓倒一切的大方向，理應是建立一套邏輯有序的審查步驟與思維方法，操作者更須於個別審查案件詳敘理由、嚴予論證，而非機械地「套用公式」、「比對概念」，如果只會在這些用語上打轉，乃至成為一種執念，恐將陷於概念法學的泥淖而動彈不得。長期以往，憲法學研究只會持續原地踏步或誤入歧路。

從憲法解釋與法律違憲審查的角度出發，平等原則的問題不在有無「實質價值」，而在於平等審查的結果（不問合憲與否）有無「實質理由」。真正值得深思的課題是，憲法平等原則提供人民什麼樣的憲法保障？能否蘊含特定的價值內涵？或者為平等原則內建一定的價值預設？面對平等問題，大法官應有的態度是什麼？居於被動守勢，還是主動積極？價值是什麼²⁸⁴？憲法本身是否蘊藏了特定的價值決定²⁸⁵？

284 價值具有多義性，可以是日常用語，也可以是專業術語，且因不同學科領域的關懷重點不一，理解上時有差異或出入。司法院大法官於釋字第617號解釋提及「釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重」，其中所指「社會多數共通價值」，並非此處討論的法秩序內在或預設「價值」（尤其是釋憲者所給定的價值），其毋寧比較偏向於（脫離釋憲者主觀脈絡的）社會通念或公序良俗，而非憲法本身預設的價值。憲法解釋與價值之關係，參見「參、四」。

285 德國聯邦憲法法院早期強調人權保障是基本法的「價值決定」或「價值秩序」（Wertordnung）（例如BVerfGE 7, 198/204 f.—Lüth判決），引發學界的批評，後期鮮少出現此等概念。不過，嚴格說來，德國聯邦憲法法院使用「價值決定」一詞，並非表示基本法有任何預設的價值，而是旨在彰顯人權保障（尤其人性尊嚴）是憲法的核心價值。至於德國聯邦憲法法院在釋憲實務上隱藏

公平二字，寥寥不及十筆，卻不易寫就，不同人寫，各各相異，一點一捺，皆自意蘊。求同（別人有，我為什麼沒有，或被別人公平對待的心理需求）是人性的本然，但存異（我為什麼要和別人一樣，或想方設法和別人不同）同樣也是人的本性²⁸⁶、事物的本質（世界上沒有相同的東西）。人生而平等，不是現實，毋寧是人由不平走向公平的指路標誌。除了求同求異的人性弱點外，人是否還有追求精神榮耀的渴望與分擔或分享痛苦的容量²⁸⁷？就平與不平的消長關係來說，這場既要差距又要趨同的漫漫長路，毋寧要由社會的實質進展接手，讓差異慢慢縮小，讓衝突逐漸局部化。「不告不理」、「一次一案」造就了大法官的被動性格與運作方式，同時也構成了大法官的能力侷限與權力界線。

平等，本身是一種價值，卻不含有特定或固定的價值內涵²⁸⁸。

或明示某特定的「(德國)價值取向」，只能說是德國憲法法院自身的價值取向，與所謂「憲法」的價值取向或預設，不能混為一談。例如在Rudolf Heß紀念會一案中(BVerfGE 124, 300 ff.)，聯邦憲法法院多次出現「集體認同」(Identität des Gemeinwesens)、「德國認同」(Identität der Bundesrepublik Deutschland)(BVerfGE 124, 300 (329))等類似集體價值的用語；且毫不諱言的表示：「刑法第130條第4項所處罰的……不是對(按：納粹)理念的認同，而是對這些史無前例且殘害人類莫此為甚之實際罪行的頌揚。……立法者最根本的憲法評價是，頌揚納粹時期的暴虐統治，對當今人民來說通常可構成一種侵犯及攻擊，……面對歷史經驗，其所造成的影響遠非單純的面對反民主及自由的意識型態。」(BVerfGE 124, 300 (335 f.))

286 人總是以和別人有異為榮，世間各種獎項的設置，基本上就是建立在人追求差異的本性上。第一名、傑出、首獎、特聘等等封號，雖未必表示能力高人一等，卻十足證明了人驚求差異的本性。

287 John Berger在側寫Frida Kahlo時，特別提到她絕大部分的畫作繪在金屬或金屬般平滑的纖維板上這件事，然後寫說：「她之所以成為全世界的傳奇人物，部分原因是我們生活在新世界秩序的黑暗時代當中，痛苦的分擔是重新找到尊嚴和希望的必要前提之一。很多痛苦沒辦法分擔。但分擔痛苦的意願卻可以分擔。而從這種必然不足的分擔中，產生了某種抵抗。」參見JOHN BERGER, THE SHAPE OF A POCKET 164 (2001).

288 觀念上尤須分辨者，平等原則「本身」未預設特定的價值，並不表示「操作或詮釋」平等原則的人不會預設特定的價值。恰恰相反，平等原則的「操作者」或「運作人」往往會預設特定的價值取向，甚至有明顯的(隱性)好惡取捨，透過平等原則進入系爭個案的問題決斷，此種人之常情是討論或訴諸

古人造字，抉擇於據理分說與偶然機遇之間。法字從灋字簡化而來。灋字裡面藏著一隻似鹿類犬的獨角獸，名喚廌（音至），又叫獬豸（音謝至），俗稱法獸。這種會鑒別是非曲直的動物沒人見過，只是矇昧社會虛構的典故。後人捨之，留下「灋」和「去」，較之緬懷舊字（包括意象與圖像）高明且除魅。法從水，務求其平；去者，去不直。法的理念不僅是靜態的描述，而且隱含了動態矯枉趨正、重組分配的思想線索。一如法字的兩種面貌，憲法上的平等保護，同樣也有雙面性格，初則「剔除不直」；終而趨近「平之如水」。因之，禁止歧視與濟弱扶傾（扶危濟困），乃是憲法揭示平等價值的兩種保護取向，并行不悖，且應兼而有之，不宜偏廢。法律上的平等涉及：平亭曲直的決斷問題，為平等原則的立足課題；事實上的平等為國家制度存在的目的之一，人類共同生活的永續課題，未必是可能達到的理想境界，卻可以是一直追求、逼近的目標。

「橘生淮南則為橘，生於淮北則為枳，葉徒相似，其實味不同，所以然者何？」臺灣的憲政經驗與人權理論的發展歷程，基本上是移植西方憲法文化成就的一種學術活動。然形徒相似，內涵有別！眼下臺灣憲法研究取途多樣、視角各異。不問路徑是否相依，關鍵仍在能否解決當前與可見未來的切身問題，並有助於本土憲法學的扎根與深拓。汲取外來思想資源的給養與他國法治經驗的灌

平等原則甚難避免之事。作為客觀、理性的法律人，必須留心是否過快的把個人的價值取向先放到結論，再回頭尋找平等原則的理據與理由構成！面對「歷史是什麼？」的大哉問，Keith Jenkins直言：「……我們知道歷史從來就不是它的本身，談歷史或解讀歷史……，從來都不是不存成見（innocently），歷史永遠是為了某個人（it is always for someone）。在此前理解下，Jenkins對歷史給出的定義中包含了「歷史是產自一群存有當下心態（present-minded）的工作者（在我們的文化中，絕大部分是受薪的歷史學者）」的要件要素（參見KEITH JENKINS, RE-THINKING HISTORY 1, 31-32, 86 (2003)）。歷史的再發現與重新詮釋，的確如此，談法律或解釋法律的人似乎也是如此，甚至以為應該如此。只是法律若「永遠是為了某個人」，法律之前人人平等原則的實踐，將何所繫？

溉，為臺灣憲法學萌芽茁壯的必要之路，也是臺灣憲法學的基調與特色。如何在取道他徑的同時，咀嚼反芻、含英吐華，始終是臺灣憲法人權探索進路的難題，但也是最引人入勝的地方。前人播植思想，留下思考腹地，後人繼續耕耘。

附錄一：司法院大法官平等原則的用語與闡釋

釋字	內容	備註
179	憲法第七條……並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定。	1983/02/25 解釋理由書
205	所謂平等，係指實質上之平等而言，其為因應事實上之需要，……，就有關事項，依法酌為適當之限制，要難謂與上述平等原則有何違背。	1986/05/23 解釋理由書
211	憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。	1986/12/05 解釋文
596	憲法第七條規定，……，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等；立法機關基於憲法上價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之差別待遇。	2005/05/13 解釋文
649	立法者……，制定保護視障者權益之規定，……仍須該規定所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。 憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第一百五十五條後段規定……以及憲法增修條文第十條第七項規定……顯已揭櫫扶助弱勢之原則。職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨。	2008/01/31 解釋理由書
666	憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本	2009/11/06 解釋理由書

釋字	內容	備註
	質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。	
675	憲法第七條規定，中華民國人民在法律上一律平等，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待（本院釋字第四八五號、第五九六號解釋參照）。	2010/04/09 解釋理由書
682	憲法第七條保障人民平等權，旨在防止立法者恣意，並避免對人民為不合理之差別待遇。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定。	2010/11/19 解釋理由書
687	憲法第七條規定平等原則，旨在防止立法者恣意對人民為不合理之差別待遇。如對相同事物，為無正當理由之差別待遇，即與憲法第七條之平等原則有違。	2011/05/27 解釋理由書
688	法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號解釋參照）。	2011/06/10 解釋理由書
694	憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇（本院釋字第五四七號、第五八四號、第五九六號、第六〇五號、第六一四號、第六四七號、第	2011/12/30 解釋理由書

釋字	內容	備註
	六四八號、第六六六號解釋參照)。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號解釋參照）。	
696	憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇（本院釋字第五四七號、第五八四號、第五九六號、第六〇五號、第六一四號、第六四七號、第六四八號、第六六六號、第六九四號解釋參照）。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號解釋參照）。	2012/01/20 解釋理由書
701	憲法第七條規定人民之平等權應予保障。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號解釋參照）。	2012/07/06 解釋理由書
711	憲法平等原則並非絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之不同規定。	2013/07/31 解釋理由書
719	法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否正當，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋	2014/04/18 解釋理由書

釋字	內容	備註
	字第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照)。	
722	憲法第七條規定人民之平等權應予保障。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照）。	2014/06/27 解釋理由書
727	憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號、第七一九號、第七二二號解釋參照）。	2015/02/06 解釋理由書
745	憲法第7條規定人民之平等權應予保障。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第682號、第722號解釋參照）。	2017/02/08 解釋理由書

資料來源：作者製表。

附錄二：「形式平等」與「實質平等」用語對應表

大法官解釋	絕對、機械之形式上平等 / 不容許任何差別待遇	法律地位之實質平等 / 容許差別待遇	？
我國學理A	？	形式平等	實質平等
我國學理B	形式平等	實質平等 / 法律上平等	事實平等
美國學理	？	formal equality/legal equality	substantive equality
德國學理	formale Gleichheit	rechtliche Gleichheit	faktische Gleichheit

憲法規定	憲法§ 7? 憲法§ 129 (各種選舉……以……平等……方法行之)?	憲法§ 7? 憲法增修條文§ 10 VI (促進兩性地位之實質平等)?	憲法增修條文§ 10 VI (促進兩性地位之實質平等)?
------	--	--	------------------------------

資料來源：作者製表。